

CAPÍTULO SEXTO

LOS DERECHOS COLECTIVOS

I. Multiculturalismo y derechos: un debate abierto y complejo.	979
1. Las etapas del debate	983
2. Diferencias y desigualdades.	986
3. Los argumentos sobre los derechos culturalmente diferenciados	988
4. ¿Qué derechos para las sociedades multiculturales?	992
5. Los dilemas de los derechos de grupo.	1000
II. La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina	1003
1. La identificación del sujeto	1005
2. La tensión entre individuo y comunidad en los derechos indígenas.	1007
3. La armonización entre el derecho nacional y el derecho indígena	1011
A. El derecho indígena y los derechos fundamentales	1011
B. Las instituciones indígenas y las instituciones nacionales.	1015
C. La tensión entre derechos de autonomía y derechos sociales	1016
III. Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en México	1017
1. Derechos de autogobierno.	1021
2. Derechos poliétnicos.	1033
IV. Los derechos de las minorías en el derecho internacional	1037
V. Bibliografía	1045

CAPÍTULO SEXTO

LOS DERECHOS COLECTIVOS

I. MULTICULTURALISMO Y DERECHOS: UN DEBATE ABIERTO Y COMPLEJO

En los últimos años hemos asistido a la inserción, dentro de los debates sobre el contenido y el papel de las Constituciones, del tema del multiculturalismo y de los derechos de las minorías. Desde luego que la protección de las minorías ha sido un asunto central del constitucionalismo desde sus orígenes. La función de los derechos fundamentales y de los jueces constitucionales, que son dos instituciones básicas (esenciales, mejor dicho) del paradigma del Estado constitucional, son típicamente contramayoritarias y tienen como uno de sus objetivos centrales la protección de las minorías.

Pero el debate actual no trata sobre el clásico enfoque relativo a la protección constitucional que debía darse a las minorías, sino que ha avanzado por su propia línea discursiva, diseñando una ruta que ha venido a poner en crisis varios de los conceptos fundamentales con los que la teoría constitucional había trabajado desde su nacimiento y, en particular, de algunos que se habían desarrollado a partir de la Segunda Guerra Mundial, que es cuando se consolida el modelo de Constitución que rige en la actualidad.¹

La discusión sobre el multiculturalismo se ha extendido hacia muchas áreas del conocimiento social, abarcando temas referidos a la protección jurídica de las diferentes culturas que conviven al interior de un Estado, pero replanteando también cuestiones que se relacionan con los derechos fundamentales, como pueden ser las concepciones de la autonomía moral de los individuos o los límites de la tolerancia hacia prácticas no liberales de organización societaria, para llegar incluso al propio concepto de cultura en tanto objeto a proteger por el sistema constitucional de derechos fundamentales.

¹ Ver Aragón, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en la obra colectiva *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000, pp. 109 y ss. (hay una segunda edición, México, 2002).

En cualquier caso, la reflexión teórica ha sido producto de necesidades absolutamente prácticas. En los últimos años se han exacerbado como nunca las pasiones nacionalistas y culturalistas, lo cual ha generado conflictos de gran magnitud derivados en parte de los retos que para la convivencia y organización estatal representa el multiculturalismo.²

Tal parece que el fenómeno de la globalización, el crecimiento expansivo de los alcances de los mercados y la imposición planetaria de una serie de pautas culturales y de valores sociales, se ha correspondido en el ámbito de los Estados-nación con un “retorno a la comunidad”, con un redescubrimiento del valor de lo propio, lo distinto o lo antiguo.³ En este sentido, la globalización, aunque muchas veces deliberadamente se ignore por algunos de sus teorizadores, ha supuesto un movimiento doble: de una parte, hacia la internacionalización y la reducción del tiempo y el espacio —ilustrada por ejemplo en la velocidad de los mercados financieros para movilizar planetariamente y en tiempo real divisas y capitales—; por otra, en un resurgimiento de los localismos y una revitalización de los “discursos identitarios”, ya sea de raíz religiosa, cultural, étnica o nacional.⁴ Es en este último punto donde se instala en definitiva la problemática multiculturalista.

Will Kymlicka identifica cuatro factores que han incidido en la explosión del interés en torno a la protección y acomodo de las minorías dentro de los Estados democráticos contemporáneos:⁵ en primer lugar, la caída de los regímenes comunistas de Europa del Este, que desató una oleada de nacionalismos étnicos en esa parte del mundo; en segundo término, el reto del acomodo para los inmigrantes, cuestión que es particularmente intensa dentro de las democracias ricas de Europa y en Estados Unidos; en tercer lugar, el resurgimiento

² Se ha estimado que entre 1945 y 1975 ha habido diez millones de muertes relacionadas con la violencia étnica; de entonces a esta fecha la cifra sigue incrementándose por los hechos de Ruanda y Zaire a mediados de los años noventa, los de Bosnia y Croacia también en esa década y los de Punjab y Sri Lanka un poco antes. Sobre este punto, Kellas, James, *The Politics of Nationalism and Ethnicity*, 2a. ed., Nueva York, St. Martin's Press, 1998.

³ Ianni, Octavio, *La era de la globalización*, México, Siglo XXI editores, 1999, pp. 127 y ss.

⁴ Vallespín, Fernando, *El futuro de la política*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 29 y 30. En el mismo sentido, Isidoro Moreno destaca que la mundialización ha generado dos dinámicas complementarias y opuestas: “la dinámica de la globalización y la dinámica de la reafirmación identitaria, la que comienza a denominarse como dinámica de la localización”, “Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-nación”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.

⁵ *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 30.

de los movimientos indígenas y su movilización política, que ha generado un efecto importante sobre varios de los textos constitucionales de América Latina, como veremos más adelante, y en cuarto sitio la creciente y constante amenaza de secesión que se está generando en varios países, por ejemplo en Canadá, Gran Bretaña, Bélgica y España.

Sea como fuere, el tema del multiculturalismo no es de carácter exclusivamente teórico en la medida en que involucra cuestiones prácticas que tienen que resolver muchas de las democracias contemporáneas, incluyendo por supuesto la incipiente democracia mexicana.⁶ Como apunta Neus Torbisco, “*las democracias con demócratas*, todavía no han superado ni mucho menos resuelto los problemas derivados de la diversidad cultural”.

Las dificultades mayores del debate multiculturalista se encuentran al momento de traducir normativamente las opciones tomadas con base en posturas propias de la filosofía moral o política o incluso de la antropología. El discurso multiculturalista es de aquellos que se mueve bien “en las alturas”, pero que presenta graves problemas cuando se quiere aplicar a realidades que suelen ser muy complejas, como lo demuestra entre otros el caso del Estado mexicano.

En este contexto, una teoría comprensiva de los derechos fundamentales no puede dejar de plantearse los retos que el panorama multicultural está poniendo en la mesa de discusión de muchos países; las soluciones, como se intentará poner de manifiesto en las páginas siguientes, no son fáciles y las exigencias de replanteamiento de categorías clásicas dentro del derecho constitucional están a la orden del día.

Ante este panorama, las modernas democracias no pueden seguir tratando a las minorías como si no existieran o, peor aún, con la única arma de la representación hacia los que son diferentes por causa de su religión, origen étnico o pertenencia cultural. Hoy en día, el reto puede sintetizarse en una frase que ha sido muy utilizada, pero quizás no tan comprendida como sería necesario: hacer posible la convivencia intercultural con el respeto a la diversidad. Ese es el signo que marcará, durante las décadas que siguen, la historia de muchos países, entre los que desde luego se encuentra México.

⁶ Como señala Will Kymlicka, “minorías y mayorías se enfrentan cada vez más respecto de temas como los derechos lingüísticos, la autonomía regional, la representación política, el currículum educativo, las reivindicaciones territoriales, la política de inmigración y naturalización, e incluso acerca de símbolos nacionales, como la elección del himno nacional y las festividades oficiales. Encontrar respuestas moralmente defendibles y políticamente viables a dichas cuestiones constituye el principal desafío al que se enfrentan las democracias en la actualidad”, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 13; del mismo autor, “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”, en Águila, Rafael del y otros, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 413 y ss.

¿Tiene algo que aportar la teoría del derecho constitucional y de los derechos fundamentales al debate multiculturalista? La respuesta, al tenor de la exposición que se realiza en los siguientes apartados, debe ser necesariamente positiva, puesto que en último término se trata de resolver el clásico problema de las relaciones entre la mayoría y las minorías, aunque en esta ocasión no estén determinadas según los parámetros conocidos con los que ha operado típicamente el constitucionalismo.

Por un lado, la intervención del derecho constitucional, como se apuntaba, debe darse por necesidades muy prácticas, que en parte se han ido resolviendo en muchos países. Al reconocer los derechos de las minorías —otorgándoles incluso rango constitucional— se han evitado escenarios de guerras, terrorismo y violencia intercultural en varios países democráticos;⁷ en otros casos, cuando las minorías han sido sojuzgadas o incluso reprimidas no se ha podido lograr un ambiente que permita la convivencia pacífica entre los grupos étnico-culturales.

Desde otro punto de vista, al poner el debate sobre los derechos de las minorías en el nivel de los derechos fundamentales, se evita dejar el tema dentro de la órbita de las políticas públicas, que según algunos autores pueden ser discretionales, experimentales y transitorias. Al considerar a las reivindicaciones de las minorías como derechos fundamentales se les enfoca desde la óptica de la dignidad y el respeto básicos que deben darse en toda sociedad democrática.⁸

Advertimos que se trata de un tema en el que no pueden ofrecerse respuestas definitivas y en el que no hay teorías consolidadas. El debate ha cambiado de forma importante en los últimos años y el reconocimiento de los derechos de las minorías, aunque presente rasgos comunes en muchos países de América Latina, se ha llevado a cabo de forma diferente en cada ordenamiento constitucional. Kymlicka señala que

A pesar de la creciente envergadura de la bibliografía sobre los derechos de las minorías aún no disponemos de una explicación sistemática sobre qué tipos de exigencias de las minorías son apropiados y en qué contextos y para qué grupos —por ejemplo, sobre cómo difieren las reclamaciones de los pueblos indígenas de las reclamaciones de otros grupos nacionales—.⁹

⁷ Will Kymlicka apunta: “En parte como resultado de haber adoptado estos derechos de las minorías, las democracias occidentales han aprendido a tratar la diversidad étnica de forma pacífica y democrática, con una ausencia casi completa de belicosidad, terrorismo, violencia o represión estatal”, *La política vernácula*, cit., p. 12.

⁸ *Ibidem*, p. 16.

⁹ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

Con las salvedades de lo que más adelante se precisarán, hay que afirmar también que el rubro mismo de “derechos colectivos” puede ser discutido, como se ha hecho en el debate multiculturalista reciente. Cuando se enfocan con algún detalle, no es difícil percibir que los derechos de las minorías generan múltiples posiciones subjetivas, algunas de las cuales tienen una expresión de carácter colectivo o grupal (por ejemplo, las vinculadas a los derechos de autogobierno o incluso al más amplio derecho de autodeterminación), pero otras no difieren en mucho —o en nada, mejor dicho— de los clásicos derechos de libertad o de los derechos de seguridad jurídica.¹⁰

En todo caso, lo cierto es que nos movemos sobre un terreno pantanoso y poco claro, que en muchos aspectos se encuentra apenas en construcción y sobre el que hay algunos acuerdos y muchos desacuerdos, varios de ellos muy profundos. Se trata también de una cuestión compleja en el sentido de que incorpora un abanico muy amplio de temas, que van desde la problemática que presentan los inmigrantes, hasta las reivindicaciones de los indígenas o lo que algunos textos legales, como la Constitución mexicana considera “comunidades equiparables”.

1. *Las etapas del debate*

Para ir comprendiendo el debate reciente sobre el multiculturalismo, quizá sea oportuno hacer un breve recorrido sobre las principales estaciones en las que ese debate se ha detenido en los años recientes. Para lograr una exposición breve pero a la vez sustantiva, seguiremos la síntesis elaborada por Will Kymlicka, que ha identificado tres grandes etapas en la discusión sobre el multiculturalismo y los derechos de las minorías.

En la primera etapa, que abarca las décadas de los años setenta y ochenta, los derechos de las minorías se identifican con el comunitarismo; de hecho, el debate se parece reducir a la disputa entre comunitaristas y liberales. En este punto, la posición sobre los derechos de las minorías dependía de la propia postura sobre el comunitarismo. Quienes aceptaban la necesidad de que existieran derechos de las minorías sostenían que esos derechos no eran del todo compatibles con los principios del individualismo moral o de la autonomía individual que defendía el liberalismo; se decía que las personas estaban necesariamente incrustadas en distintos roles y relaciones sociales, que determinaban su conducta y su percepción del bien, por lo que las comunidades requerían de una consideración más amplia que los individuos, a fin de asegurar la permanencia de ese contexto de elección.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 99 y ss.

En otras palabras, defender derechos de las minorías equivalía a defender posturas comunitaristas, mientras que las posiciones liberales no aceptaban tales derechos. En palabras de Kymlicka, “la defensa de los derechos de las minorías implicaba respaldar la crítica comunitarista al liberalismo y considerar que los derechos de las minorías representaban la defensa de los grupos minoritarios cohesionados y de mentalidad comunal frente a la intrusión del individualismo liberal”.¹¹

En la segunda etapa el debate cambia sustancialmente, ya que se reconoce que el liberalismo también puede dar cabida a derechos de las minorías. En ese cambio concurren varias circunstancias. Una de ellas es que se comprueba que las minorías no siempre quieren ser protegidas de los avances de la modernidad, sino que, por el contrario, lo que piden es una serie de protecciones que les permitan justamente disfrutar de esos avances en condiciones equitativas respecto a la mayoría. Las minorías culturales dejan de ser vistas como grupos regresivos y antiliberales porque se comprueba que su adhesión a los principios de la modernidad liberal es tan profunda e intensa como lo es en el caso de los grupos mayoritarios. Se asume que el compromiso con la autonomía individual es muy profundo y extenso en nuestras democracias contemporáneas, llegando a atravesar cualquier diferencia étnica, lingüística o religiosa.

En este punto del debate, en consecuencia, la cuestión central no responde al típico debate entre comunitaristas y liberales, sino entre diversas formas de entender el liberalismo y de llevarlo a la práctica. Algunas minorías argumentan que el reconocimiento de ciertos derechos colectivos, por ejemplo los relacionados con su lengua, prácticas culturales e identidades, no solamente no se opone al principio de autonomía individual, sino que por el contrario es un requerimiento que viene exigido como premisa para regular la convivencia entre la mayoría y las minorías culturales dentro de un Estado.

Las preguntas clave que surgen en esta etapa del debate son al menos las siguientes: ¿si las minorías culturales son liberales,¹² por qué entonces requieren que se les reconozca un estatus jurídico particular?, ¿por qué no pueden satisfacer sus expectativas de vida con los típicos derechos fundamentales asignados a todos?, y lo más importante, ¿cómo asegurar que el reconocimiento de un estatuto jurídico particular para las minorías no representará un rompimiento de los postulados esenciales del liberalismo, es decir, hasta dónde puede llegar ese

¹¹ *Ibidem*, p. 32.

¹² No se debe pasar por alto que no todas las minorías culturales o étnicas son liberales, pero también es cierto que las minorías “típicamente antiliberales” son, al menos en las democracias occidentales, la excepción y no la regla. Tampoco todos los derechos en favor de las minorías encajan bien en la teoría liberal, como veremos más adelante.

reconocimiento sin situarse fuera del ámbito liberal? Para responder a estas preguntas, Kymlicka formula un par de reglas, que aunque simplifican al máximo la cuestión también sirven para aclararla: los derechos de las minorías, nos dice este autor, son coherentes con el culturalismo liberal si, *a)* protegen la libertad de los individuos en el seno del grupo, y *b)* promueven relaciones de igualdad (de no dominación) entre los grupos.¹³

La tercera etapa del debate es, según Kymlicka, en la que nos encontramos actualmente. A partir de la etapa anterior se ha empezado a generar un consenso sobre el “culturalismo liberal”, que ha permitido que la discusión haya ido avanzando hacia cuestiones muy concretas que se refieren al desarrollo de políticas multiculturalistas concretas. En esta tercera etapa se abandona la idea de la neutralidad estatal y se pasa a la idea del Estado democrático protector de las naciones y nacionalidades que conviven en su interior. Se trata de discutir las formas en que se van a tutelar a las minorías nacionales, por un lado, y a los inmigrantes, por otro.

Para Kymlicka, los dos grandes avances del debate, hasta este momento, consisten en que, en primer lugar, se ha abandonado la idea de que la justicia social puede ser definida en términos de reglas que no hagan caso de las diferencias (*difference-blind rules*); actualmente se acepta que esas reglas pueden causar desigualdades y, por tanto, ser fuente de injusticias. El segundo avance es que hoy en día la carga de la prueba ya no corresponde a quienes defienden derechos de las minorías, sino de quienes defienden las reglas que no hacen caso de las diferencias, ya que deben probar que el *status quo* no crea injusticias para los grupos minoritarios.

De todo lo anterior se puede concluir que, desde hace unos años, se trata ya no de discutir si tiene preeminencia el individuo o la comunidad, si el reconocimiento de las diferencias funciona como excusa para regresar al feudalismo, o si la autonomía personal se puede desarrollar por fuera y aun en contra de todas las señas que imprime sobre cada individuo la pertenencia a un determinado grupo étnico o cultural; ahora la discusión se enfoca en la necesidad de impulsar o frenar el reconocimiento de reivindicaciones normativas muy concretas y específicas. Reivindicaciones que, en una de sus variantes, asumen la forma de derechos colectivos.

Para comprender la regulación constitucional que en materia de multiculturalismo y derechos de las minorías existe en México, hace falta preliminarmente repasar algunas cuestiones de orden general, como las posibles respuestas que el ordenamiento jurídico puede aportar en el tratamiento de las diferencias

¹³ Kymlicka, Will, *La política vernácula*, cit., p. 36.

(tanto individuales como grupales). También es importante detenerse en el tema de los argumentos a favor y en contra de los derechos culturalmente diferenciados (es decir, se trata del fundamento del estatuto jurídico diferenciado que algunas minorías reclaman: ¿cómo se justifica ese trato diferente?). Por otro lado, es importante ir aterrizando el debate a fin de identificar concretamente de qué derechos hablamos cuando hacemos referencia a los derechos colectivos. Una vez que se ha ido analizando lo anterior, podemos entrar al terreno de los problemas que las diferencias culturales suministran en el derecho constitucional positivo (o sea, ¿cómo hacer compatibles los derechos de las minorías con el resto de los derechos?, ¿cuáles son los sujetos a los que protegen esos derechos?, etcétera) y particularmente en el constitucionalismo de América Latina, donde el tema se ha enfocado al reconocimiento y protección de los derechos indígenas. Con todo ese bagaje nos será posible, finalmente, adentrarnos en la regulación que de esos derechos se contiene en el artículo 2o. de la Constitución mexicana, a partir de la reforma del 14 de agosto de 2001. Ese es el plan expositivo de los apartados que siguen.

2. Diferencias y desigualdades

Para entender las posibles respuestas que puede ofrecer el sistema jurídico a los planteamientos multiculturalistas habría que empezar por distinguir entre el concepto de “diferencias” y el de “desigualdades”. Las primeras, de acuerdo con Luigi Ferrajoli, son los rasgos específicos que individualizan, haciéndolas distintas a las demás, a las personas y que, en cuanto tales, son tuteladas por los derechos fundamentales. Por su parte, las desigualdades, ya sean económicas o sociales, también según el mismo autor, son las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus *derechos patrimoniales*, así como de sus posiciones de poder y sujeción.

Las diferencias conforman las distintas *identidades*, mientras que las desigualdades configuran las diversas *esferas jurídicas*.¹⁴ La distinción es pertinente en la medida en que suelen ir de la mano el no reconocimiento cultural con fuertes discriminaciones y situaciones sociales de infraprivilegio,¹⁵ lo cual puede conducir a que se confundan unas y otras y no se aborden los problemas (con sus correspondientes soluciones) por separado.

¹⁴ “Igualdad y diferencia”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 82.

¹⁵ Habermas, Jürgen, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, en su libro *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 192.

En ambos casos el aseguramiento de los derechos que permitan las diferencias (que constituyen identidades y son por tanto la concreción de la autonomía moral de las personas) y combatan las desigualdades (al menos las que sean ilegítimas) pueden derivar en obligaciones negativas y positivas a cargo de los poderes públicos.

Para Ferrajoli hay cuatro “modelos” de relación entre el derecho y las diferencias:¹⁶

1. El primero es el modelo de la “indiferencia jurídica de las diferencias”; para este modelo, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, simplemente se las ignora. Se trata del paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje. En realidad, ni siquiera se podría hablar, en sentido estricto, de una relación entre el derecho y las diferencias, pues en este caso las diferencias no existirían como objeto de regulación jurídica.
2. El segundo modelo es el de la “diferenciación jurídica de las diferencias”, de acuerdo con el cual se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras; aquellas que son valorizadas (como las identidades por razón de sexo, nacimiento, lengua, fe religiosa, renta, etcétera) resultan asumidas como estatus privilegiados y fuentes de derechos y poderes. Las diferencias que no son valorizadas (por ejemplo la de mujer, judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etcétera) se convierten en estatus discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción, o a veces incluso de persecución. En este caso estaríamos frente al supuesto de los ordenamientos paleoliberales del siglo pasado que reservaban el derecho al voto a los varones, blancos y terratenientes, a la vez que reconocían el derecho a la esclavitud o negaban la personalidad jurídica de las mujeres.
3. El tercer modelo es el de la “homologación jurídica de las diferencias”, según el cual las diferencias son negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Se trata del modelo de serialización llevado a cabo por los diversos socialismos reales y burocráticos. En este modelo se realiza una homologación, neutralización e integración de todos que elimina normativamente las diferencias y asume una identidad —en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa— como “normal” y al mismo tiempo como “normativa”.
4. El cuarto modelo es el de la “igual valoración jurídica de las diferencias”; se basa en el principio de igualdad en los derechos fundamentales y al

¹⁶ “Igualdad y diferencia”, *cit.*, pp. 74-76.

mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. De acuerdo con Ferrajoli, este modelo no ignora las diferencias sino que al asegurar la igualdad de todos en los derechos fundamentales, permite la afirmación y tutela de la propia identidad en virtud del reconocimiento del igual valor de todas las diferencias. Los derechos fundamentales —los de libertad, pero también los sociales— deberían permitir a cada persona y a cada grupo mantener y desarrollar su propia identidad, ya sea en forma individual o colectiva. Obviamente, Ferrajoli asocia el éxito de este modelo a la posibilidad de que existan garantías efectivas para hacer realidad los derechos.

Quizá haría falta agregar un quinto modelo, que permitiera dar cuenta del caso de los ordenamientos que reconocen a la vez el principio general de igualdad y asignan derechos específicos a determinadas minorías; es decir, se trataría de los casos en que las Constituciones reconocen a todos por igual un cierto número de derechos (lo que podríamos calificar como un “piso mínimo” de derechos), pero a determinados sujetos, por razones de su vulnerabilidad histórica o presente; o bien, por alguna de las razones que se explican más adelante, se les reconoce unos derechos añadidos (digamos, una cuota “extra” de derechos). Es el caso, según entiendo, de varios ordenamientos modernos, incluido el mexicano.

3. Los argumentos sobre los derechos culturalmente diferenciados

Luego de ver las posibilidades a través de las cuales el ordenamiento jurídico puede responder a la existencia de diferencias dentro de una determinada comunidad, y aceptando preliminarmente que esas diferencias en efecto deben ser reconocidas a través de la aceptación de que, bajo ciertas circunstancias, puede ser adecuado proteger de forma reforzada a un cierto número de sujetos o de grupos, hay que detenerse en los argumentos que puedan sostener la legitimidad de esa opción; se trata, pues, de justificar por qué a ciertos grupos o individuos que pertenecen a esos grupos se les reconoce un estatuto constitucional distinto (normalmente más protector) que al resto de los habitantes de una comunidad. Pero vamos por partes.

Para el debate multiculturalista la cuestión principal es si para garantizar las diferencias y las identidades étnicas y culturales es necesario crear esferas jurídicas particulares, distintas de las que rigen para la generalidad de los habitantes de un Estado o si, por el contrario, lo que se debe hacer es volver efectivos los derechos fundamentales de forma que se eliminen en la medida de lo posi-

ble las desigualdades tan importantes que han sufrido tradicionalmente las minorías. En particular, se trataría de saber si una pertenencia cultural o étnica determinada daría lugar al establecimiento de un estatus diferenciado —incluso de rango constitucional— para hacer real y efectiva dicha pertenencia.

De acuerdo con las terminología recién expuesta de Ferrajoli, habría que discernir si el Estado constitucional se encuentra en mejores condiciones de realización de la justicia social —sobre todo en lo concerniente a las minorías—, llevando a cabo una “diferenciación jurídica de las diferencias” —aunque optando por realizarla a partir de ciertas características no consideradas violatorias del principio de igualdad tanto formal como sustancial—,¹⁷ manteniendo una “homologación jurídica de las diferencias” o, finalmente, llevando a cabo una “igual valoración jurídica de las diferencias”.

Obviamente, el debate no se limita a la discusión sobre el establecimiento o no de derechos culturalmente determinados, sino que se centra también en la supremacía que deberían tener los derechos comunitarios o colectivos sobre los individuales y viceversa. Las posiciones en este punto son muy diversas, pero reflejan fielmente el debate de fondo entre liberales y comunitaristas.

La postura a favor de incluir y garantizar derechos diferenciados en razón de grupos se puede sintetizar, como lo hace Kymlicka,¹⁸ en los siguientes tres puntos:

1. El argumento de la igualdad. Se sostiene que algunos derechos culturalmente diferenciados no crean de manera necesaria desigualdades, sino que a veces las eliminan. Pudiera ser que la pertenencia a alguna cultura determinada conllevara algún tipo de desigualdad, de forma que los derechos diferenciados vendrían a corregir esa desventaja.

Este argumento mantiene que la estructura estatal no es ni puede ser culturalmente neutral en su actuación, de forma que se producen probables discriminaciones (y potenciales situaciones de desigualdad) siempre que el Estado fija la lengua oficial, los planes educativos que se siguen en las escuelas o las divisiones territoriales y administrativas hacia el interior de su territorio; estas medidas, en palabras de Habermas, afectan a “la auto-comprensión ética de una nación”.¹⁹

¹⁷ Se puede decir que, con las variantes que cada ordenamiento constitucional prevea, son violatorias *prima facie* del principio de igualdad las distinciones basadas en la raza, el sexo, la clase social, la religión y la preferencia sexual, entre otras. Sobre el tema nos hemos detenido en el capítulo segundo de este libro.

¹⁸ *Ciudadanía multicultural*, cit., cap. VI.

¹⁹ “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, cit., p. 206. Sobre el principio de neutralidad del Estado, Da Silveira, Pablo, “Neutralidad del Estado y

Para compensar lo anterior, se afirma, se deben asegurar a las minorías ciertos derechos que les aseguren un mínimo de condiciones de igualdad con respecto a las ventajas que tendrían otros grupos. Por ejemplo, se pide que si la lengua oficial de un Estado es distinta de la que utiliza una minoría étnica, esta última pueda tener acceso a traductores en los procesos judiciales en los que se vean involucrados sus miembros o que existan subvenciones estatales para mantener escuelas en las que se enseñe también la lengua de la minoría.

Esta perspectiva, evidentemente, parte del entendimiento de la igualdad en sentido “sustancial”, es decir, como realización fáctica de una cierta igualación social, diversa de la igualdad “formal” que se asegura, por ejemplo, a través de la prohibición de leyes individuales.²⁰

2. El argumento de los pactos o acuerdos históricos. Un segundo argumento mantiene que, en virtud de la incorporación de ciertos grupos dentro de unidades estatales más amplias, pueden haberse suscrito pactos o acuerdos históricos que preserven ciertos derechos para esos grupos y que habría que respetar y garantizar. Este punto de vista encuentra su apoyo en importantes pactos internacionales que reconocen el derecho a la autodeterminación de los pueblos;²¹ dicha autodeterminación comprende no sólo la posibilidad de constituir un Estado independiente, sino también la de fijar los términos en que se puede producir una unión de pueblos a través, por ejemplo, de una federación.
3. El argumento sobre el valor de la diversidad cultural. Un tercer argumento en favor de los derechos diferenciados se fundamenta en el juicio de que es valiosa la existencia de culturas diversas, ya que dicha diversidad contribuye a enriquecer la vida de las personas. Además, la existencia de otras culturas permite observar modelos alternativos de organización de los cuales pueden tomarse elementos útiles para la reforma y mejora-

respeto del pluralismo. Una defensa del perfeccionismo modesto”, *La política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, núm. 4, Paidós, octubre de 1998, pp. 117 y ss., así como Torbisco, Neus, *Minorías culturales y derechos colectivos*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, tesis doctoral, 2000, caps. VI y VII.

²⁰ Sobre el argumento de la igualdad y sus múltiples significados, capítulo segundo *supra*.

²¹ Ver Lucas, Javier de, “Las minorías: de los derechos individuales al estatuto jurídico”, *Isonomía*, México, núm. 3, octubre de 1995, pp. 71 y ss., así como el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de la ONU sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (del 18 de diciembre de 1990) y el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en Estados independientes (en vigor a partir del 5 de septiembre de 1991).

miento de las organizaciones sociales.²² Por otro lado, la existencia de paisajes culturales distintos, desde un punto de vista puramente estético, crea un mundo más interesante. Para Kymlicka este argumento no sirve para justificar por sí solo derechos de las minorías.²³

Cabe apuntar que a veces el argumento del valor de la diversidad cultural se usa de modo incorrecto para derivar de la simple existencia benéfica del pluralismo cultural, la necesidad de reconocer como valiosas *todas* las prácticas culturales, asumiendo un relativismo ético inaceptable y que en algunas ocasiones choca con el más elemental sentido de la democracia o, en situaciones extremas, con el todavía más básico concepto de la dignidad humana.

Como dice Rodolfo Vázquez, poco se avanza en el debate multiculturalista si, “sobre la base de un pluralismo mal entendido, se piensa que todas las culturas tienen igual valor y todas merecen igual respeto. Esta premisa es falsa”.²⁴

En efecto, del hecho de que se reconozcan los beneficios de la existencia de un conjunto de culturas distintas, no se puede derivar que todas esas culturas merezcan el mismo respeto²⁵ y, por tanto, no se les deben reconocer a todas derechos diferenciados solamente por ser distintas de las culturas mayoritarias, sin tomar en cuenta la compatibilidad de sus prácticas y costumbres con —por lo menos— los postulados básicos de la democracia y la dignidad de todas las personas.

Esta es una de las deficiencias del debate multiculturalista, el cual normalmente se realiza en términos abstractos cuando lo necesario es llevarlo a cabo a la vista de grupos y comunidades concretos, los cuales —en virtud, precisamente, del pluralismo existente— no pueden ser todos puestos en el mismo saco.

²² Como escribe Torbisco, Neus, “En la medida en que una sociedad multicultural incrementa las oportunidades de realizar opciones culturales más allá de las estrechas fronteras del grupo al que pertenecemos, el multiculturalismo es capaz de transformar, eventualmente enriqueciendo, el horizonte de significados disponible para quienes no son miembros de una cultura”, *Minorías culturales y derechos colectivos*, cit., p. 523.

²³ *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 171.

²⁴ “Derechos de las minorías y tolerancia”, *Diánoia. Anuario de filosofía*, México, núm. 43, 1997, p. 159.

²⁵ Garzón Valdés señala que “La verificación de diferentes costumbres —conjuntamente con sus implicaciones normativas— no permite inferir sin más el respeto incondicionado de esas mismas costumbres”, “El problema ético de las minorías étnicas”, en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 526. Ver también, en sentido parecido, las consideraciones de Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit., pp. 364 y 365.

En contra de los derechos culturalmente diferenciados y de su prevalencia sobre los derechos individuales se esgrimen los siguientes argumentos:²⁶

- El argumento del individualismo ético. Este argumento sostiene que los individuos valen más que los grupos a los que pertenecen y las culturas valen en cuanto tienen valor los individuos que las comparten. Por ello, los derechos comunitarios deben ceder si entran en conflicto con los derechos liberales, entendidos como valores que hay que atribuir a cada individuo en cuanto ser único e irrepetible.
- El argumento de la imparcialidad. Este argumento coincide con el punto de vista expresado párrafos arriba en el sentido de que no todas las culturas deben ser toleradas o respetadas por igual. Añade que para resolver los conflictos interculturales se precisa de un metacriterio que puede ser la perspectiva kantiana del liberalismo. De acuerdo con este argumento se acepta un multiculturalismo “débil” que circunscribe las peculiaridades éticamente respetables o tolerables a tres ámbitos fundamentales: la lengua, el arte y las necesidades o los deseos secundarios de las personas.²⁷

4. ¿Qué derechos para las sociedades multiculturales?

Tomando como base los anteriores argumentos toca ahora exponer de qué derechos en concreto se estaría hablando cuando se hace referencia a derechos culturalmente diferenciados. A la existencia, reconocimiento y garantía de los derechos que se mencionan a continuación deben aplicarse, según sea el caso, los argumentos mencionados en el apartado precedente.

Según Kymlicka, que utiliza una perspectiva liberal o liberal moderada, hay tres tipos de derechos diferenciados en función del grupo:²⁸

²⁶ Vázquez, Rodolfo, “Derechos de las minorías y tolerancia”, *cit.*, pp. 156 y ss. Una crítica general a los postulados multiculturalistas se puede ver en Vitale, Ermanno, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per el pensiero democratico*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

²⁷ Vázquez, Rodolfo, “Derechos de las minorías y tolerancia”, *cit.*, p. 161.

²⁸ Ciudadanía multicultural, *cit.*, pp. 46 y ss. Un análisis complementario puede verse en Levy, Jacob T., *El multiculturalismo del miedo*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 167 y ss.

1. Los derechos de autogobierno. Por este tipo de derechos podemos entender los que son reconocidos a uno o más grupos minoritarios dentro de un Estado, de acuerdo con los cuales pueden diseñar y ejercer de forma autónoma atribuciones de carácter político y/o jurisdiccional. Una forma concreta que pueden tomar estos derechos es el federalismo; en un Estado federal las competencias gubernativas se encuentran divididas entre los diferentes niveles de gobierno, de forma tal que las subunidades regionales cuentan con márgenes más o menos amplios para determinar sus estructuras y formas de organización política (siempre dentro del marco que establece la Constitución federal, por supuesto).²⁹

Kymlicka señala que, en principio, no hay una conexión necesaria entre el federalismo y la diversidad cultural, aunque reconoce también que esta forma de distribución del poder estatal constituye una estrategia común para acomodar a las minorías nacionales.³⁰ Otros autores destacan que la organización federal dentro de los Estados democráticos juega un papel muy importante para controlar a las mayorías y, en consecuencia, para proteger a las minorías.³¹

Obviamente, el federalismo servirá para dar cabida a la diversidad cultural en la medida en que la o las minorías nacionales sean mayoritarias dentro de las unidades regionales o esas mismas minorías puedan estar en condiciones de tener una representación política propia en el territorio subnacional; de lo contrario, la división territorial del Estado solamente servirá para reproducir el dominio mayoritario que existe a nivel nacional.³²

2. Derechos poliétnicos. Estos derechos tienen por objetivo erradicar las discriminaciones y los prejuicios existentes contra las minorías culturales. Se concretan en la exigencia de subvención pública para las prácticas culturales de las comunidades o para tener acceso en condiciones de cier-

²⁹ Una descripción de la forma en que se encuentran distribuidos los ámbitos competenciales entre la Federación y las entidades federativas en México puede verse en Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2004.

³⁰ *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 49.

³¹ En este sentido, Alfred Stepan, “Democrazia y federalismo. Un’analisi comparata”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, año XXVIII, abril de 1998, pp. 5-53. Sobre el mismo punto, Linz, Juan J., “Democracia, multinacionalismo y federalismo”, *Revista Española de Ciencia Política*, Madrid, vol. 1, núm. 1, 1999, pp. 7-40.

³² Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 50; ver también las observaciones de Habermas, Jürgen, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, cit., pp. 208 y 209.

ta igualdad a los mercados de intercambio de bienes y servicios. Bajo ciertas modalidades, algunos grupos en los que no existen diferencias entre la moral pública y la moral privada (y en los que, por tanto, la religión es una forma de poder sobre la comunidad) reivindican la exención de leyes y disposiciones que perjudiquen sus prácticas religiosas. Tal es el caso, recordado por Kymlicka, de la negativa a usar casco de seguridad para motocicletas de los varones *sijis* en Canadá, de forma que puedan seguir utilizando sus turbantes. En Inglaterra los judíos y musulmanes han solicitado que se les exima del cierre dominical de los negocios o de las normas relativas al sacrificio de los animales. En México los niños que profesan algunas religiones se niegan a rendir culto en las escuelas públicas a los símbolos patrios como la bandera o el himno nacionales.³³

Una característica de este tipo de derechos es que, en principio, no obstaculizan el éxito y la viabilidad de las instituciones políticas y económicas de las sociedades dominantes, con lo cual no plantean *prima facie* un conflicto con algún otro tipo de derecho.

3. Derechos especiales de representación. Estos derechos tienen por objetivo compensar algunas desviaciones o insuficiencias de los procesos de representación política de los Estados democráticos contemporáneos. En este sentido, algunos grupos han pugnado por establecer algo así como una “acción de clase política”, que compense de forma temporal algunas desventajas o barreras sistémicas que les impiden contar con una efectiva representación política.³⁴ Entre estas desventajas se menciona, por ejemplo, la imposibilidad que tienen algunas minorías de establecer alianzas con otros grupos sociales, lo cual las coloca en una situación de inferioridad real respecto de los demás grupos.³⁵

Las críticas hacia este tipo de derechos especiales de representación se estructuran, por lo menos, a partir de una doble vertiente. En primer lugar, sostienen que los problemas de la representación política no son exclusivos de los grupos culturalmente diferenciados, sino de toda la sociedad. No hay práctica-

³³ Sobre este último punto, Cázares, Carlos y Peña de Hoyos, José Luis, “Los testigos de Jehová y la objeción de conciencia”, en VV.AA., *La objeción de conciencia*, México, IIJ-UNAM, 1998, pp. 255-268. Nos hemos detenido en el caso de los Testigos de Jehová al estudiar la libertad religiosa dentro del capítulo tercero *supra*.

³⁴ Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 54.

³⁵ Sullivan, Kathleen M., “Representation of Racial Minorities”, en Brinkley, Alan y otros, *The New Federalist Papers. Essays in Defense of the Constitution*, Nueva York-Londres, W.W. Norton and Company, 1997, p. 104.

mente ningún Estado democrático que haya podido solucionar de modo eficaz el tema de la representación política.³⁶ El predominio de las burocracias partidistas, los efectos nocivos del corporativismo, la influencia de los grupos de presión, entre otros, son fenómenos que alteran el concepto y funcionamiento de la representación política y que explican en alguna medida el descontento popular respecto del desempeño de los órganos representativos.

En segundo lugar, se dice que los mismos derechos especiales de representación deberían asignarse —si se acepta la postura de quienes defienden estos derechos— a otros grupos, no necesariamente minoritarios, pero que también tienen problemas para ser representados de manera efectiva. El caso paradigmático al respecto es el de las mujeres, las cuales en casi todos los países tienen un notable índice de subrepresentación respecto de los hombres si se toma en cuenta el porcentaje del total de la población que son.³⁷ Argumentos parecidos se podrían sostener para el caso de las personas con discapacidad, los pobres, etcétera. Se trata del conocido argumento de “la pendiente resbaladiza”: si comenzamos reconociendo una representación especial para las minorías étnicas terminaremos haciendo lo mismo con otros grupos discriminados.

Desde mi punto de vista, lo que cabría hacer en este campo son al menos dos cosas, una de alcance particular y otra de tipo más general: por un lado, intentar construir una “representación de grupo”, quizá mediante el establecimiento de uno o varios distritos electorales indígenas, que pudieran escoger representantes ante las cámaras legislativas federales y locales exclusivamente entre sus miembros; y por otro lado, habría que mejorar, en general, los mecanismos representativos del Estado; esto se puede lograr si se democratizan internamente los partidos políticos, se establecen mecanismos de *accountability* para los representantes populares, se crean sistemas de fiscalización de ingresos y gastos para las campañas políticas, etcétera.

Tales medidas traerían beneficios no solamente para los grupos culturalmente diversos, sino para toda la sociedad, con lo cual se verían satisfechas las reivindicaciones de esos grupos. La idea de transitar hacia una democracia “posrepresentativa” no parece ni posible ni deseable de momento,³⁸ lo cual, sin

³⁶ Sartori, Giovanni, “En defensa de la representación política”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 91, abril de 1999, pp. 2 y ss.

³⁷ Cfr. lo dicho en el capítulo segundo de este libro a propósito del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, así como lo relativo a las cuotas electorales por razón de género.

³⁸ Sartori, Giovanni, “En defensa de la representación política”, *cit.*, p. 6.

embargo, no quiere decir que no se puedan intentar innovaciones a los sistemas representativos utilizados en el presente.

Una forma parcialmente distinta de las señaladas para avanzar hacia una mejor protección de las minorías, sin producir alteraciones graves en el sistema de representación política que han consagrado la mayoría de Estados democráticos, quizá pudiera darse al momento de definir la conformación de los distritos electorales. Al establecer las “demarcaciones del voto” se puede tomar en cuenta la relación mayoría-minorías, de tal forma que las segundas puedan contar con una gama de opciones que les permita tener posibilidades de elegir a sus propios representantes.

En Estados Unidos la integración de los llamados *majority-minority congressional districts* ha producido que para las elecciones de 1994 el número de miembros afroamericanos de la Cámara de Representantes pasara de 17 a 39. De esos 39, solamente tres representantes no fueron elegidos en distritos conformados bajo el criterio de *majority-minority*.³⁹ A pesar de que luego la Corte Suprema de los Estados Unidos ha limitado esa práctica por considerarla no apegada a la Constitución,⁴⁰ tal vez los mismos parámetros se puedan tomar en cuenta en aquellos Estados en los que la base de definición de los distritos no tenga que ser racial, pero pueda ser cultural o étnica.

Un teórico muy relevante, Jacob T. Levy, ha elaborado una síntesis de los tipos de derechos culturales o colectivos que suelen estar presentes tanto en los discursos teóricos como en las políticas públicas de los Estados multiculturales.⁴¹ Se trata de una lista que comprende tanto aquellas reivindicaciones que pueden parecer legítimas desde una óptica liberal, como otras que quizá no lo sean tanto. Pero la discusión sobre la legitimidad de cada una de las especies que a continuación se exponen es algo que puede hacerse solamente a partir de su conocimiento y análisis, y no de forma previa.

Los principales derechos culturales o colectivos son, de acuerdo con Levy, los siguientes:

—*Exenciones* a leyes que penalizan o dificultan prácticas culturales; en este rubro se incluirían las exenciones de la prohibición de usar el peyote para

³⁹ Sullivan, Kathleen M., “Representation of Racial Minorities”, *cit.*, p. 106.

⁴⁰ Ver Ceccherini, Eleonora, “Eguaglianza del voto e rappresentatività delle minoranze: recenti orientamenti giurisprudenziali negli Stati Uniti”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 2 de 1997, pp. 311 y ss.

⁴¹ Levy, Jacob T., *El multiculturalismo del miedo*, *cit.*, pp. 167 y ss.

ciertas tribus indígenas o de la obligación para los miembros de la tribu Sikh de quitarse el turbante para poder ponerse el casco al viajar en motocicleta. También sería el caso de quienes, profesando la religión judía, piden que se les exima del cierre dominical obligatorio de los comercios, en aquellos países donde tal medida existe.

- Asistencia* para llevar a cabo una serie de acciones que la mayoría puede realizar sin ayuda. Se trata, sobre todo, de pedir subvenciones públicas con el fin de realizar festivales tradicionales, impulsar la difusión de su propia lengua o fundar asociaciones étnicas.
- Autogobierno* para las minorías étnicas, culturales o nacionales. Dentro de esta categoría se incluyen las demandas de secesión o autonomía gubernativa —por ejemplo a través del federalismo— o jurisdiccional —jurisdicciones indígenas, penas diferenciadas en razón de la pertenencia étnica, etcétera—.
- Reglas externas* consistentes en la restricción de ciertas libertades para los no-miembros de la comunidad, establecida para la protección de la cultura de la comunidad. Como ejemplos Levy menciona las restricciones al inglés en Quebec o al ejercicio del voto dentro de ciertas comunidades indígenas para los que no pertenecen a su grupo étnico. Otro ejemplo sería la prohibición de adquirir tierras o propiedades de los miembros de la minoría.
- Reglas internas* que buscan normar hacia dentro del grupo la conducta de sus miembros; ejemplos de las reglas internas lo son las prohibiciones para casarse con una persona que no pertenezca al grupo o la obligación de vestirse de cierta forma (como en el caso de los talibanes en Afganistán). Sobre estas reglas, Torbisco apunta que “desde una óptica liberal, parece claro que el Estado no puede legítimamente imponer tales reglas, pero ¿qué ocurre si las impone un grupo a sus miembros?”.⁴² El reconocimiento de este tipo de reglas implica la reproducción al interior de las minorías de lo que se quiere evitar en la relación minoría-mayoría. Además, bajo determinados contextos culturales, puede suponer la preservación *jurídica* de una serie de prácticas que serían reprobables desde el punto de vista moral; como afirma Garzón Valdés,

si la conservación de la identidad o de la unidad familiar dependen de prácticas crueles y denigrantes como la circuncisión femenina, esa identidad o esa unidad carecen de toda justificación desde el punto de vista moral... no entiendo por

⁴² Torbisco, Neus, *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal*, cit., p. 163.

qué... el Estado deba fomentar la existencia de concepciones culturales que no benefician a quienes las practican.⁴³

- *Reconocimiento/obligatoriedad* de sus prácticas jurídicas por el sistema jurídico de la mayoría. Se trataría de la exigencia de reconocimiento a las prácticas jurídicas de los grupos étnicos y culturales; en parte, esta reivindicación está unida a la de autogobierno. En México el artículo 2o. ofrece ya una base constitucional bastante detallada para llevar a cabo el reconocimiento de las prácticas jurídicas indígenas. Conviene decir, de nuevo, que el reconocimiento de las prácticas jurídicas de los grupos étnicos o culturales no puede darse en el vacío, sin tomar en cuenta las peculiaridades de cada grupo concreto y su mayor o menor compatibilidad con, al menos, una serie mínima de derechos fundamentales que deben ser aceptados por todos.⁴⁴
- *Representación* adecuada de las minorías en los cuerpos legislativos de las mayorías; dicha representación tendría que estar de algún modo garantizada o facilitada por el propio sistema jurídico. Se trataría de una representación de grupo, que por ejemplo reservara un determinado porcentaje de los puestos electivos a los miembros de una minoría.⁴⁵ Otra posibilidad consistiría en delimitar los distritos electorales de tal forma que las minorías fueran mayoría dentro de un determinado distrito, con lo cual se les podría dar la oportunidad de elegir a un representante afín a sus preocupaciones, pero sin limitarlas a la elección de los miembros del grupo.
- *Demandas simbólicas*, que comprenden cuestiones que tienen que ver con los elementos simbólicos que identifican a una determinada comunidad; tal es el caso de las festividades y los himnos nacionales o de los contenidos de la historia oficial.

⁴³ Garzón Valdés, Ernesto, “Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 74, julio-agosto de 1997, p. 20.

⁴⁴ No deja por ello de ser sorprendente el contenido de la fracción I del apartado A del artículo 2o., que establece: “Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política o cultural”. Por fortuna, esta manifestación de relativismo cultural se encuentra matizada en la fracción II del mismo apartado, que impone el respeto a las “garantías individuales” y los “derechos humanos” por parte de los integrantes de las comunidades indígenas.

⁴⁵ Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000.

Del elenco recién transscrito se puede observar que los derechos colectivos, en principio, son tanto derechos que tienen *los individuos que pertenecen a una cierta comunidad*, en razón justamente de esa pertenencia, como los derechos que tiene un *grupo minoritario en relación con (o frente a) la mayoría*. Por ejemplo, las exenciones a algunas de las leyes de la mayoría son sin duda de tipo individual, pero reconocidas por razón de una pertenencia étnica o cultural; por otro lado, los derechos a la autodeterminación, al autogobierno o a las demandas simbólicas sólo tienen sentido si se otorgan al grupo entendido complexivamente y no a cada uno de sus individuos.

El reconocimiento de algunos de estos tipos de derechos (pre)supone, entre otras cuestiones, considerar que nuestros ordenamientos jurídicos —incluyendo los ordenamientos de los países democráticos— asumen un determinado punto de vista cultural, religioso, sexual, político, etcétera; esto significa que ni el ordenamiento jurídico ni las instituciones públicas que actúan bajo su amparo son neutrales frente a las diversas opciones culturales, religiosas, sexuales, políticas, etcétera. Por ejemplo, ¿cómo se puede dudar de que el cierre o descanso dominical de los establecimientos mercantiles es una norma tomada de la religión católica?, como lo es también el matrimonio heterosexual, la previsión como delito del adulterio (o incluso, en el pasado, de la sodomía), y así por el estilo.

Por otro lado, el reconocimiento de derechos colectivos también se da con base en la (pre)suposición de que, en los Estados multiculturales, el ordenamiento jurídico y las instituciones públicas no pertenecen solamente a la mayoría, ni deben servir para privar a las minorías de sus propias prácticas culturales (siempre que las minorías, desde luego, estén dispuestas a respetar un mínimo ético de reglas de convivencia).⁴⁶

Una cosa es que el Estado, sus reglas y sus instituciones no sean neutrales y otra muy distinta es que el propio Estado sea administrado como si perteneciera a uno solo de los grupos que lo conforman. Entre una cosa y otra hay, evidentemente, una buena distancia, que viene a ser la misma que existe entre un Estado democrático y un Estado totalitario.

En alternativa a lo anterior, autores como Juan Antonio Cruz Parcerio o Neus Torbisco han intentado una ruta para identificar a los derechos colectivos; para ellos, tales derechos serían distintos a los tradicionales derechos individuales

⁴⁶ La idea de que las instituciones estatales no deben pertenecer a ninguno de los grupos que conviven dentro de un Estado multicultural se toma de Raz, Joseph, “Multiculturalism: a Liberal View”, en Raz, J., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 159.

en la medida en que tienen por objeto bienes que no son individualizables,⁴⁷ es decir, bienes que les son útiles a los individuos en la medida en que pertenecen a un grupo.⁴⁸ Es otra forma, igualmente interesante, de acercarse al tema y que pone también de manifiesto las limitaciones que tienen las teorías tradicionales en materia de derechos fundamentales.

5. Los dilemas de los derechos de grupo

La aceptación de los tipos de derechos que se acaban de mencionar, con las modalidades que se quieran, supone dar un paso adelante con respecto a los argumentos que limitan los derechos en razón de grupo a la lengua, el arte o las necesidades secundarias de los individuos, pero también implica una limitación importante para quienes consideran que los grupos pueden tener derechos por su simple existencia y que, además, tales derechos colectivos deben prevalecer aun en el caso de que entren en conflicto con los derechos individuales. La cuestión parece ser un poco más compleja de lo que podrían suponer quienes se ubican en ambos extremos del debate.

Como sostiene Ferrajoli, un cuadro de derechos fundamentales bien diseñado, con un sistema de garantías apropiado, es suficiente para asegurar una igualdad que permita a cada individuo proteger y hacer uso de su propia identidad. Contando con ese marco general, las posibilidades de acción de la legislación secundaria son muchas; a través de un ejercicio legislativo responsable se puede perfectamente dar cabida a las necesidades y los deseos de las personas que integran los grupos culturalmente diversos. Esto no excluye que un estatus jurídico diferenciado para las minorías étnicas no se pueda integrar directamente en el texto constitucional.

Quizá la misión principal que tienen frente a sí las sociedades democráticas en las que conviven diversas naciones y nacionalidades sigue siendo la muy básica de lograr una cierta homogeneidad social, entendiendo por ella no la posibilidad de arrasar con todas las diferencias, sino el establecimiento de un orden social que permita a todos los miembros de la comunidad el goce de los de-

⁴⁷ Torbisco, Neus, “El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas”, en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, cit.; Cruz Parcerio, Juan Antonio, “Sobre el concepto de derechos colectivos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 12, 1998; una posición relativamente escéptica sobre los derechos colectivos puede verse en López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000.

⁴⁸ Sobre el concepto de “bien colectivo” como objeto de los derechos fundamentales, Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 179 y ss.

rechos vinculados con la satisfacción de sus bienes básicos, para utilizar las palabras de Ernesto Garzón Valdés. De acuerdo con este mismo autor, los bienes básicos son aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.⁴⁹ A partir del aseguramiento de esos bienes básicos se pueden explorar algunas modalidades de los derechos culturalmente diferenciados como las que ya se han mencionado más arriba.

Lo anterior no obsta para reconocer que los derechos colectivos pueden tener dificultades de encaje dentro de una teoría liberal de la sociedad. Obviamente, la forma de hacer convivir a los derechos de grupo o colectivos en sociedades que propugnan como valores básicos la libertad y la igualdad de los ciudadanos no es una tarea fácil ni que pueda resolverse de un solo plumazo.

Una manera de hacer que los derechos colectivos no choquen con el pensamiento liberal que concibe al individuo como el único agente moral válido dentro de la sociedad, consiste en distinguir entre las reivindicaciones que podrían hacer los grupos étnicos o culturales hacia dentro de sus comunidades (y que, por tanto, podrían aplicar sobre sus miembros) y aquellas otras que se proyectarían hacia fuera de las mismas (en su relación con otros grupos). A las primeras Kymlicka las llama “restricciones internas” y tienen por objeto proteger al grupo del impacto que podría tener el disenso interno.⁵⁰ A las segundas el mismo autor las denomina “protecciones externas”, cuya misión sería proteger al grupo de las decisiones políticas y económicas de la mayoría.

En general, para un punto de vista liberal resultan inaceptables las restricciones internas. Habermas en este punto niega la posibilidad de que el multiculturalismo se deba mantener artificialmente, con un sentido de protección administrativa de las especies. Por el contrario, sostiene este autor, las posibilidades de sobrevivencia de una cultura se mantienen mientras esa cultura siga convenciendo a sus miembros, motivando una apropiación productiva y una prosecución de la misma. Por tanto, una garantía jurídicamente asegurada de la supervivencia de una cultura le robaría a sus miembros la opción de continuar perteneciendo a la misma o de determinar si ha llegado el momento de abando-

⁴⁹ “El problema ético de las minorías étnicas”, *cit.*, p. 531.

⁵⁰ El tema de las “restricciones internas” es de una importancia capital para el correcto entendimiento de la protección de las minorías, ya que tiene que ver con las llamadas “minorías dentro de las minorías”, es decir, con los grupos minoritarios que conviven dentro de otro grupo que a su vez es minoría con respecto a un grupo distinto. Sobre el punto, Green, Leslie, “Internal Minorities and their Rights”, en Kymlicka, Will (editor), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 256 y ss.

narla. La posibilidad de toda persona de confrontar a su propia cultura siempre debe quedar abierta.⁵¹

Como señala Fernando Salmerón, “es verdad que los compromisos y lealtades que dan sentido a las vidas individuales encarnan siempre en las prácticas sociales de una cultura, pero lo hacen por decisión libre de una persona, y con una adhesión que no pierde nunca la capacidad crítica, ni la capacidad de abandonar en bloque la cultura de origen”.⁵²

El hecho de negar a los grupos étnicos o culturales la posibilidad de imponer sobre sus propios miembros (incluso en contra de su voluntad) algunos derechos de tipo colectivo no implica, sin embargo, tratar de diluir o erosionar su sentido de pertenencia. Por el contrario, es justamente en un contexto democrático, basado en la libertad del sujeto y en un mínimo de igualdad formal y sustancial, en donde más se pueden potenciar los sentidos naturales de pertenencia de los ciudadanos.⁵³

Esa misma pertenencia, a su vez, juega en favor de la democracia al potenciar la responsabilidad, el interés y la participación ciudadana en los asuntos públicos. En este sentido, Alain Touraine señala que “No hay democracia sin conciencia de pertenencia a una colectividad política, una nación en la mayoría de los casos, pero también una comuna, una región y hasta un conjunto federal...”.⁵⁴

La eliminación de las restricciones internas también se ubica en la línea de asegurar a los individuos su calidad de agentes morales; en ese sentido, por ejemplo, “los representantes de las comunidades indígenas deben estar dispuestos a abandonar reglas o principios de comportamiento si, dadas las circunstancias actuales, ellos contribuyen a aumentar su vulnerabilidad”.⁵⁵

Por lo que hace a las “protecciones externas”, me parece que la tradición liberal no tendría tanto problema en aceptarlas con base en la idea de la equidad que debe privar entre grupos y en el principio de igualdad de los derechos de los sistemas de vidas culturales,⁵⁶ aunque habría que ver las formas concretas que toman dichas protecciones. Quizá en este punto se deba enfatizar, de nue-

⁵¹ Las ideas anteriores se encuentran en Habermas, Jürgen, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, *cit.*, pp. 210 y 211; en el mismo sentido, Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, *cit.*, p. 59.

⁵² *Diversidad cultural y tolerancia*, México, Paidós, 1998, p. 32.

⁵³ Berezin, Mabel, “Introduction. Democracy and others in the Global Polity”, *International Sociology*, Londres, vol. 14, núm. 3, septiembre de 1999, pp. 227 y ss.

⁵⁴ *¿Qué es la democracia?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 99.

⁵⁵ Garzón Valdés, Ernesto, “El problema ético de las minorías étnicas”. *cit.*, pp. 534 y 536.

⁵⁶ Habermas, Jürgen, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, *cit.*, p. 191.

vo, las enormes posibilidades que ofrece un sistema de derechos fundamentales bien armado y que tenga las garantías necesarias y suficientes para ser efectivo en la realidad.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA

En América Latina el debate sobre el multiculturalismo se ha centrado, casi de forma exclusiva, en el tema de los derechos indígenas, y particularmente en las modalidades de su regulación jurídico-constitucional.⁵⁷

En la década de los años ochenta, el debate constitucional de la región se había enfocado en el análisis de las formas en que se podía transitar desde regímenes dictatoriales o no pluralistas, hacia sistemas democráticos que permitieran contar con elecciones fiables y transparentes. Asentada la vía electoral como el mecanismo normal de acceso a los cargos públicos representativos y destronadas al menos sobre el papel las dictaduras hasta entonces existentes, el siguiente objetivo de las reformas fueron las estructuras del sistema económico, de manera que se transitara de economías cerradas, operadas fundamentalmente por el Estado y por las camarillas empresariales que apoyaban a los gobernantes de turno a través de relaciones clientelares y corruptas, hacia economías abiertas caracterizadas por importantes procesos de privatización y por la firma de diversos acuerdos de libre comercio con otros países. Ese fue el gran tema de la primera mitad de los años noventa.

Luego, a partir de la segunda mitad de los noventa, parte de las energías constitucionales de la región estuvieron centradas en las formas de reconocimiento de los derechos indígenas, o de la diversidad étnica en general, dentro de las cartas fundamentales.⁵⁸ El alzamiento en Chiapas del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) el mismo día en que entraba en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (10. de enero de 1994) parece condensar simbólicamente lo que en esos años iba a ser un escenario que, con sus variantes locales y con diferente intensidad dependiendo de cada país, se reprodujo en toda la región.

No es que antes de los noventa no existieran regulaciones constitucionales de los derechos indígenas, pero en términos generales se puede decir que se tra-

⁵⁷ Un panorama de las normas constitucionales y legislativas sobre la materia puede verse en González Guerra, Gisela (comp.), *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999.

⁵⁸ Para una primera aproximación, González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, IIJ-UNAM, 2002.

taba de declaraciones bastante abstractas, casi todas realizadas de forma pomposa pero carentes de los elementos necesarios para articular posiciones jurídicas concretas.

En las páginas siguientes se analizan algunas de las dificultades que, desde el punto de vista de la teoría jurídica, ha tenido el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas. Se trata de un análisis teórico en la medida en que tiene por objetivo principal estudiar las dificultades que se presentan *en el texto* de las normas jurídicas en que se concretó dicha constitucionalización, sin entrar a estudiar los datos empíricos que nos pudieran dar una radiografía completa de la aplicación de esas normas en la realidad.

Conviene señalar que, como en tantos otros temas, los estudios jurídicos sobre los derechos indígenas son bastante escasos; esto genera dos consecuencias inmediatas e importantes: por un lado, el analista no encuentra literatura suficiente para transitar sobre un camino que suele ser frecuentado por posiciones demagógicas y retóricas, muchas veces defendidas desde sectores del análisis social distintos al jurídico (fundamentalmente desde la antropología o desde la sociología); por otro lado, al no haber podido contar con el apoyo de ejercicios de control teórico, los políticos han operado los procesos de reforma constitucional para reconocer los derechos indígenas sin brújula y sin rumbo, dejándose llevar más bien por las señales que les enviaban los sondeos de popularidad y asumiendo actitudes que les pudieran redituar beneficios electorales en el corto plazo.

La ausencia de trabajos teóricos en la materia ha provocado también una falta de crítica con respecto a los productos constitucionalmente alcanzados; la crítica de los constitucionalistas en la mayoría de los casos no ha existido; cuando sí se ha producido, en ocasiones ha sido desechada por especialistas de otras áreas con los argumentos de que se trataba de ejercicios propios del talante conservador de los juristas o bien de simples manifestaciones de “racismo jurídico”, que buscaban hacerle el juego a los intereses de las empresas transnacionales que querían apropiarse de los recursos naturales de las zonas indígenas.

En este contexto y bajo tales coordenadas —nada halagüeñas, por cierto— se mueven las reflexiones que siguen. En vez de hacer un repaso de cada uno de los ordenamientos de la región, se ha preferido ubicar algunos problemas de carácter general que se han producido a partir del reconocimiento constitucional de los derechos indígenas y, junto a su análisis, hacer las menciones normativas que correspondan en cada caso. Como es obvio, la problemática indígena varía mucho de un país a otro; si bien los problemas que se mencionan a continuación se presentan prácticamente en todos, su intensidad es de hecho muy

distinta entre ellos, lo mismo que las respuestas que se han generado desde cada experiencia jurídica concreta.

1. La identificación del sujeto

Una de las impugnaciones hecha con mayor recurrencia a las teorías estándar sobre el multiculturalismo, es la que se refiere a las dificultades de determinación de los sujetos y de los objetos de tal teoría: ¿qué es una cultura?, ¿qué son los derechos colectivos?, ¿cómo distinguir, dentro de las sociedades pluralistas del presente, los grupos relevantes para la asignación de estatus jurídicos diferenciados?⁵⁹

Se trata de preguntas válidas, pero que a veces tenían más la intención de cerrar el debate que de refinarlo. En cualquier caso, una parte de las mismas preguntas es la primera de las dificultades a las que se tuvo que enfrentar el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina. La cuestión no es menor, sobre todo si se considera que en varios países de la región una buena parte de la población no es ni indígena, ni no indígena, sino mestiza, es decir, está compuesta por personas que tienen una identidad y una forma de vida intermedias entre lo indígena y lo que, para sintetizar, se podría llamar lo occidental.

El tema del sujeto, que tiene evidentes connotaciones políticas y sociales, es relevante desde el punto de vista jurídico para determinar el ámbito personal de validez de las normas indígenas. Es decir, una vez que se ha creado en varios países un subsistema jurídico aplicable a los pueblos indígenas, debemos ser capaces de identificar con claridad a los sujetos de dicho ordenamiento, de forma que por ejemplo los jueces sepan a cabalidad a quiénes se les puede aplicar dicha normativa.

Este es un problema que no se había presentado hasta hace relativamente pocos años, puesto que —como ya se mencionó anteriormente— el debate sobre el multiculturalismo y el reconocimiento de las diferencias dentro de los Estados nacionales se había desarrollado en un nivel más abstracto. No es sino a partir de la inclusión en los ordenamientos constitucionales de preceptos concretos, que permiten articular posiciones jurídicas igualmente concretas, que el tema del sujeto se hace visible.

⁵⁹ Algunas de estas preguntas se encuentran formuladas y contestadas en parte (en referencia a los derechos colectivos solamente) por Comanducci, Paolo, “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, y Torbisco, Neus, “El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas”, ambos en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, cit., respectivamente.

Una influencia importante acerca de la identificación del sujeto (es decir, de la determinación de qué es lo indígena y de quiénes lo son) proviene del que prácticamente es el único instrumento jurídico internacional en la materia: el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 169 de la OIT).⁶⁰

En su artículo 1o. se establece que:

El presente convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos, total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) los pueblos son considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o de la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas... La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio.

Para reducir la vaguedad e indeterminación del ámbito “personal” de validez de las normas aplicables a los indígenas, algunos autores apuntan que

lo recomendable sería establecer algún o algunos medios de objetivación que pueden tener un principio de “presunción de verdad” tales como la constancia de autoridades de pueblos indígenas o municipales, acta de nacimiento con mención de pertenecer a un pueblo indígena, la declaración de testigos e, incluso, la protesta de decir verdad del interesado, por ejemplo.⁶¹

La identificación del sujeto no se debe abordar como un cuestión estática, ya que hay coincidencia en la mayor parte de los trabajos teóricos en el sentido de que un sujeto que en un momento determinado pueda ser considerado miembro de una minoría puede dejar de pertenecer a la misma por voluntad propia, acogiéndose de esa manera al sistema jurídico que rige para quienes no

⁶⁰ También se deben revisar, en relación con el tema que nos ocupa, la “Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas” de la ONU (1990) y el “Convenio marco europeo para la protección de las minorías nacionales” del Consejo de Europa (1995); el primero de estos documentos, que analizaremos con detalle en el último apartado de este capítulo, puede consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 91 y ss.

⁶¹ Cossío, José R. y otros, *Derechos y cultura indígenas. El debate jurídico*, México, Miguel A. Porrúa, 1998, p. 162.

pertenecen a una minoría. Esto supone que se debe dejar a salvo el derecho del sujeto para dejar de pertenecer a un pueblo indígena (lo que se ha llamado *el derecho a la puerta*), es decir, se debe preservar la posibilidad de que un factor de nacimiento no determine en el futuro las opciones que pueda tomar la persona.

2. *La tensión entre individuo y comunidad en los derechos indígenas*

A parte de los aspectos mencionados, la determinación de los sujetos del derecho indígena se enfrenta a la tensión que afecta a varios extremos del debate entre la perspectiva individual y la colectiva o comunitaria. En otras palabras, hay ciertos elementos normativos que sugieren que el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas está hecho en algunos casos para los indígenas considerados individualmente y en otros para los pueblos o comunidades indígenas. Se trata del relevante problema de la titularidad de los derechos.⁶²

Para volver al caso mexicano, el propio artículo 2o. constitucional define a los pueblos indígenas con las siguientes palabras: “La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”; posteriormente define a las *comunidades que integran un pueblo indígena* como “aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”.

Pueblos indígenas y comunidades que los integran son por tanto dos definiciones que, al menos en el contexto constitucional mexicano (pero no solamente en él), se utilizan para determinar a los sujetos del derecho indígena. La cuestión que se aborda en el presente apartado, de nuevo, tiene gran relevancia práctica pues si los sujetos son de orden colectivo, será la comunidad misma la titular de los derechos reconocidos por la Constitución (comunidad que actuará por medio de sus representantes, que serán quienes tendrán reconocida la

⁶² Debo advertir que, para algunos autores, el hecho de que algún derecho no pueda ser reconocido como “derecho del individuo” lo invalida para formar parte del catálogo de derechos fundamentales, ya que carecerían de la nota de universalidad; así, por ejemplo, Luigi Ferrajoli, al referirse a los derechos colectivos afirma que “En la medida en que tales derechos no puedan configurarse, además, como derechos del individuo —lo que, por lo demás, ocurre con la mayor parte de ellos, reducibles a las libertades clásicas o a específicos derechos sociales— no son en ningún sentido universales ni, por consiguiente... «fundamentales»”, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit., p. 360.

personalidad jurídica para hablar en nombre de sus integrantes);⁶³ en cambio, si los sujetos son individuales entonces la cuestión cambia de forma importante, porque serán las personas consideradas individualmente y no la comunidad las que puedan reclamarlos, lo cual tiene importantes connotaciones prácticas.

Las preguntas que conviene al menos apuntar en este contexto son las siguientes: ¿se protege también a los indígenas que no viven dentro de sus comunidades?, ¿qué sucede con los indígenas que habitan en las grandes ciudades?, ¿se les aplican o no las disposiciones del derecho indígena y las eventuales leyes que se pueden dictar en la materia?,⁶⁴ ¿puede haber una relevancia indígena individual o tiene que ser necesariamente —para que se pueda expresar en términos jurídicos— colectiva?, ¿y los indígenas que son migrantes y que se encuentren fuera de sus comunidades originales?, ¿qué sucede con ellos?, ¿pueden o no beneficiarse de las disposiciones aplicables a “los pueblos” y las “comunidades indígenas”?-, ¿no sería mejor considerar no sólo a los pueblos y comunidades, sino en general a la población indígena o a los indígenas en lo individual, para lograr una cobertura más amplia y tendencialmente universal?⁶⁵

Una conclusión a la que se puede legítimamente llegar para comenzar a pensar en responder a algunas de las anteriores cuestiones es que tal vez existan algunos derechos dentro del artículo 2o. de la Constitución mexicana que sean de titularidad individual (por ejemplo, el derecho de cada individuo de ser consi-

⁶³ Aparte de la bibliografía que ya se ha citado, algunas cuestiones interesantes sobre la titularidad de los derechos colectivos son estudiadas por Torbisco, Neus, “El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas”, *cit.*; *id.*, “La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos”, en Lucas, Javier de (dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, CGPJ, 2001; *id.*, “Derechos colectivos”, en VV.A A., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2002, pp. 155-160.

⁶⁴ Un caso interesante al respecto es el resuelto por la sentencia T-496 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana en la que, entre otras cuestiones, la Corte resolvió que el juez ordinario, al conocer de un proceso penal en el que se encuentre acusado un indígena por haber cometido un acto presuntamente delictivo fuera del territorio de su comunidad, debe valorar la pertinencia de devolverlo a ella para que sea allí juzgado. Al respecto, Solano González, Edgar, “La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional colombiana”, ponencia presentada en las XII Jornadas Lascasianas Internacionales, IIJ-UNAM, México, 16 de octubre de 2002.

⁶⁵ La “visión individualista” de la sociedad, concretada en la asignación también individual de los derechos fundamentales ha sido una de las principales críticas que las teorías comunitaristas han lanzado contra el liberalismo. Uno de los campos de confrontación de esta polémica, que no tiene un carácter nada más académico, ha sido precisamente el del reconocimiento de la subjetividad colectiva de las comunidades indígenas, que se ha producido en algunos textos constitucionales de América Latina, pero sólo en referencia a cierto tipo de derechos (sobre todo los relacionados con la tenencia de la tierra y la propiedad intelectual, como se menciona en seguida).

derado o no como miembro de un pueblo indígena y casi todos los derechos contenidos en el apartado A de ese precepto, sobre el que nos detendremos en las páginas siguientes) y otros que sean de titularidad colectiva.

En el ámbito internacional la cuestión tampoco está zanjada. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 da un reconocimiento jurídico a las minorías, pero prohíbe que se les nieguen algunos derechos específicos a *las personas que integren esas minorías*, con lo cual no resuelve la tensión individuo-comunidad que se está comentando. El texto de ese artículo es el siguiente: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Obviamente, hay casos en los que los ordenamientos constitucionales clarifican la cuestión, asignando expresamente los derechos de forma colectiva o de forma individual. Así sucede en el artículo 329 de la Constitución colombiana de 1991, que indica lo siguiente: “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica del ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional... Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”. En el mismo sentido se puede citar el artículo 124 de la Constitución venezolana de 1999, cuyo texto, en la parte que ahora interesa, es el siguiente: “Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas”;⁶⁶ este precepto es muy parecido al artículo 84.9 de la Constitución de Ecuador de 1998.

Otros supuestos de titularidad colectiva de un derecho, de entre los varios que se podrían citar, se encuentran en el artículo 67 de la Constitución de Guatemala de 1985 y en el artículo 123 de la Constitución de Panamá de 1972 (tenencia comunal o colectiva de la propiedad agraria); asimismo, en términos similares, se pueden ver los artículos 20 fracción XI de la Constitución brasileña y 181 de la Constitución nicaragüense.

En suma, un primer obstáculo que han tenido que enfrentar los procesos de reforma constitucional para el reconocimiento del derecho indígena ha sido el relativo a la identificación del sujeto de ese derecho. Los resultados alcanzados

⁶⁶ Para una primera aproximación a la regulación constitucional de los derechos indígenas en Venezuela, ver Iturraspe, Francisco, “Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originarias en la Constitución venezolana de 1999”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 431 y ss.; Brewer Cariás, Allan R., *La Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Arte, 1999, pp. 195 y ss.

por varios ordenamientos corroboran la afirmación hecha párrafos arriba en el sentido de que algunas de esas reformas se realizaron sin guía ni rumbo, con resultados bastante dispares.

Pese a todo, algunos textos constitucionales han elegido dar por supuesta la identificación del sujeto, no aportando ningún elemento para llevarla a cabo. Tal es el caso de la Constitución argentina, que luego de su reforma integral de 1994, estableció en favor de su Congreso Nacional la facultad⁶⁷ de

reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y arreglar la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones [artículo 75.17].

En el mismo supuesto se encuentra la Constitución de Bolivia, que en su artículo 171 dispone que

Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.⁶⁸

⁶⁷ Se trata en el caso argentino, por tanto, de una garantía institucional, no propiamente de “derechos” indígenas.

⁶⁸ Casos parecidos se encuentran en la Constitución de Brasil de 1988 (artículos 231 y 232) y en la de Guatemala (artículo 66). Más ambiguo es el artículo 83 de la Constitución de Ecuador, cuyo texto es el siguiente: “Los pueblos indígenas, que se autodefinen como naciones de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”; un comentario a este precepto puede verse en Apuríaco, Marco, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Barcelona, CEDECS, 2002, p. 126.

3. *La armonización entre el derecho nacional y el derecho indígena*

Una de las principales reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas ha sido la de contar con un reconocimiento de su propio ordenamiento jurídico, es decir, con un “derecho al propio derecho”.⁶⁹ En la mayoría de ordenamientos constitucionales de América Latina esa aspiración ha sido satisfecha, con mayor o menor amplitud.

Las dificultades, sin embargo, han surgido al momento de lograr una cierta armonía entre el subsistema jurídico indígena y el ordenamiento nacional. Particularmente intensas han sido en algunos casos las tensiones que se han registrado entre el derecho indígena y los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones y asignados, como es lógico, a todas las personas sujetas al ordenamiento estatal, sean o no indígenas.

Las tensiones mencionadas se pueden dar en dos distintas dimensiones: una individual y otra organizativa o de naturaleza institucional. Conviene analizarlas por separado puesto que se trata de problemas cercanos, pero diferentes.

A. *El derecho indígena y los derechos fundamentales*

Varias Constituciones de América Latina les han otorgado a los pueblos indígenas autonomía para aplicar su propio sistema jurídico, normalmente integrado por “usos y costumbres”; el límite para dicha aplicación ha sido el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por los mismos textos constitucionales.

Y es aquí, como se ha dicho, donde se han presentado algunos problemas de armonización. La cuestión principal es la de cómo se debe entender ese respeto a los derechos fundamentales. Si el respeto debe ser amplio y total, las posibilidades de actuación de los usos y costumbres serían bastante limitadas;⁷⁰ si ese respeto puede “ceder” o “matizarse” en algunos casos, el subsistema jurídico indígena tendría un mayor campo de actuación.⁷¹

Veamos un caso concreto que nos sirve para ilustrar lo anterior y que pone también de manifiesto algunas de las dificultades prácticas con las que se enfrenta la delimitación de los alcances de cada sistema jurídico. Se trata de un

⁶⁹ Aparicio, Marco, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, cit., p. XII.

⁷⁰ Ver las consideraciones de la sentencia T-349 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana.

⁷¹ En este segundo supuesto habría que determinar los criterios y fundamentos bajo los que se podría llevar a cabo esa cesión o matización.

caso real, retomado por Rodolfo Vázquez de un testimonio que se encuentra en un libro del conocido indigenista Rodolfo Stavenhagen:

En una comunidad indígena de Oaxaca, un hombre mató a su amigo en una reyerta, ambos en estado de embriaguez. Después de varios días de discusión, el consejo de ancianos de la comunidad, como *autoridad tradicional*, decidió que el culpable, siendo soltero, debía casarse con la viuda de su víctima y sostener a los hijos de ésta. De esta manera, se resolvió el problema del sostén económico de la familia de la víctima, el culpable asumió su culpa y su responsabilidad, se evitaron conflictos potenciales entre las familias de ambos y se mantuvo el equilibrio social de la comunidad. Sin embargo, enterada la autoridad judicial del estado del homicidio cometido, quiso aprehender al asesino. La comunidad se negó a entregarlo y la autoridad gubernamental llamó al Ejército para proceder en su contra. Ante la posibilidad de un conflicto violento con la comunidad, el gobernador del estado decidió respetar la decisión de la comunidad.⁷²

Supongamos que a esa comunidad el sistema jurídico nacional le había reconocido autonomía para organizar su propio sistema judicial, el cual en consecuencia podía proceder a aplicar sus “usos y costumbres”.⁷³ Con independencia de la valoración moral que nos merezca el caso narrado, cuestión que ahora no interesa, se plantean desde el punto de vista jurídico al menos las siguientes cuestiones: ¿es compatible, en materia penal, el sistema de usos y costumbres (un sistema no escrito, por tanto) con el principio de legalidad (concretamente con el principio de tipicidad)?⁷⁴ ¿qué tipo de sanciones pueden aplicar las autoridades tradicionales?, ¿se vulnera el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva?,⁷⁵ ¿qué sucede si el propio subsistema indígena —como es frecuente— no prevé un mecanismo para impugnar la decisión tomada por las autoridades tradicionales?⁷⁶

⁷² “Derechos de las minorías y tolerancia”, en Carbonell, Cruz Parcero y Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, cit., p. 334.

⁷³ Como se verá más adelante, el fundamento se podría encontrar en el artículo 20., apartado A, fracciones I y II de la Constitución mexicana.

⁷⁴ Sobre el tema, además de lo que ya se dijo en el capítulo cuarto de este libro, Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas, 2002.

⁷⁵ Hay que recordar que el apartado B del artículo 20 constitucional recoge los derechos de las víctimas de un delito.

⁷⁶ Varias de estas preguntas han sido ya planteadas ante la Corte Constitucional colombiana; ver, al respecto, Solano González, Edgar, “La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional colombiana”, cit.

En cualquier caso, lo que no parece ofrecer muchas dudas —aunque ahora sea un asunto tangencial al tema que nos ocupa— es el peligro que supone instalarse en la ambigüedad de que un gobernador pueda decidir, por sí y ante sí, sobre la oportunidad de reconocer o no una decisión tomada por las autoridades indígenas; es mucho más apegado a los principios del Estado de derecho que todo este tipo de cuestiones caiga dentro de la competencia exclusiva (y por tanto excluyente) del Poder Judicial. Tampoco se ajusta a los patrones de un Estado democrático de derecho el que se llame al Ejército para realizar tareas que le corresponden a las autoridades civiles; en el caso mexicano, como ya se ha visto, ese llamamiento viola el artículo 129 constitucional en la parte que dispone que “En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”.

En el caso narrado, hay que considerar que las dudas que puedan surgir sobre la compatibilidad de un uso y costumbre indígena con los derechos fundamentales difícilmente podrán ser enjuiciadas de forma legítima dentro de los dispositivos institucionales y normativos de un Estado (como el mexicano) que se ha caracterizado en la historia reciente justamente por violar esos mismos derechos. Ni tampoco tendrán una completa legitimidad (en sentido político, no jurídico, desde luego) los ministerios públicos o los jueces que conozcan de los eventuales procesos a que se pueda dar lugar por esas inconsistencias entre los sistemas jurídicos, que en tantas ocasiones han actuado de forma arbitraria, sobre todo contra los indígenas. Convergen en ese tipo de escenarios, y ante casos extremos como el que se ha mencionado, una *suma de ilegitimidades*, pues quien tendría que corregir una violación no tiene credenciales morales para hacerlo e incluso ha sido él mismo ejecutor de actos similares en una buena cantidad de casos.

La autonomía jurisdiccional para los pueblos indígenas está reconocida al menos en las Constituciones de Colombia, Ecuador y México. El artículo 246 de la Constitución colombiana establece que:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.⁷⁷

⁷⁷ Este precepto está desarrollado por el decreto 436 de 1992 del Ministerio de Gobierno, relativo a la creación del consejo nacional de política indigenista y por la Ley 1088 de 1993, que regula la creación de asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas.

Sobre este precepto la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido lo siguiente:

El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y a la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.⁷⁸

En sentido parecido a lo que se establece en Colombia, el artículo 191, párrafo cuarto, de la Constitución ecuatoriana dispone que

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema jurídico nacional.

El apartado A del artículo 2o. de la Constitución mexicana se ubica en la misma línea que los dos textos constitucionales que se acaban de mencionar; su texto es el siguiente

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural; II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

En los textos transcritos aparecen tres elementos constantes: el reconocimiento de la autonomía indígena para aplicar su propio sistema jurídico, la limitación a dicha aplicación consistente en el respeto a los derechos fundamen-

⁷⁸ Sentencia C-139 de 1996.

tales establecidos en la propia Constitución y la remisión al legislador para establecer los mecanismos de “validación” o “compatibilización” de las decisiones de las autoridades indígenas por las autoridades judiciales no indígenas.

Ha sido Colombia el país donde se ha explorado con mayor profundidad el tema de los límites de la aplicación del derecho indígena. Su Corte Constitucional ha tenido que definir la constitucionalidad de algunas sanciones de carácter penal impuestas por las autoridades indígenas y que, según algunos, se instalaban en la prohibición de penas inusitadas o incluso en el concepto de tortura; la misma Corte se ha pronunciado sobre varios casos que, sin afectar a los derechos fundamentales, sí tenían que ver con el tema de la compatibilidad entre el sistema jurídico indígena y el nacional.⁷⁹

B. Las instituciones indígenas y las instituciones nacionales

Si en el apartado anterior el tema de la armonización entre el sistema jurídico nacional y el subsistema indígena tenía una connotación esencialmente individual, hay que mencionar ahora que dicho tema adquiere también una proyección colectiva; es decir, no se trata de la aplicación del derecho indígena a una persona concreta, sino de prácticas colectivas que, en algunos casos, pueden también generar algunas tensiones en el ordenamiento jurídico.

Son varias las Constituciones de la región que reconocen, junto a la autonomía jurisdiccional, la autonomía política de los pueblos indígenas para elegir a sus gobernantes según sus usos y costumbres. Concretamente en el estado mexicano de Oaxaca, de sus 570 municipios, 412 eligen a sus autoridades por distintos sistemas consuetudinarios, no por tanto a través del sufragio universal y secreto (ver el artículo 25 de la Constitución oaxaqueña).⁸⁰ Según informes de la Organización de Estados Americanos, dicha forma de elección es compatible con “el pluralismo político, el derecho a la participación y la libertad de expresión”, aunque no sucede lo mismo en otros estados de la República mexicana, como es el caso de Chiapas.⁸¹

⁷⁹ Para una primera aproximación, Aparicio, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, cit., pp. 107 y ss., así como Solano González, Edgar, obra citada.

⁸⁰ Al respecto, González Oropeza, Manuel, “Usos y costumbres en las elecciones municipales de Oaxaca”, *Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IIJ-UNAM, 2000, pp. 433 y ss. Es también interesante para el tema que nos ocupa la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, aprobada por el Poder Legislativo local el 17 de junio de 1998.

⁸¹ Ver el informe sobre la situación de los derechos humanos en México correspondiente a 1998 (cap. VII); se puede consultar en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Mexico98sp>.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado en diversos casos sobre los alcances de la autonomía indígena en materia electoral y concretamente sobre las elecciones llevadas a cabo por medio de los usos y costumbres; a las tesis correspondientes haremos referencia en las páginas que siguen.

C. La tensión entre derechos de autonomía y derechos sociales

Por lo general, los grupos que, como los pueblos indígenas, reivindican cuestiones de reconocimiento, sufren también fuertes desigualdades por motivos económicos; las mujeres, que reivindican el reconocimiento de género, sufren discriminación en el empleo, los salarios, el acceso a los mejores puestos, etcétera; los afroamericanos en Estados Unidos padecen simultáneamente una discriminación cultural (el racismo entendido como menosprecio, la estereotipación como delincuentes, vagos, malos estudiantes, etcétera) y una discriminación económica (la relegación a los peores trabajos, mayor desempleo, menores salarios, entre otros).

Esto supone una cierta tensión en el sentido de que, para acabar con las discriminaciones por motivos culturales (o en otras palabras, para satisfacer las reivindicaciones de reconocimiento), se suelen crear estatus —jurídicos y sociales— diferenciados, en donde se trata positivamente a la pertenencia cultural hasta entonces discriminada; sin embargo, para terminar con la discriminación económica (o en otras palabras, para satisfacer la reivindicación redistributiva) lo que se intenta es un poco lo contrario, es decir, lograr una igualdad a través de la extensión universal —sin diferenciación, por tanto— de los derechos fundamentales, sobre todo los de naturaleza social y económica. Por ejemplo, en materia de género, Nancy Fraser señala que “Mientras la lógica de la redistribución consiste en poner al género como tal al margen del juego, la lógica del reconocimiento consiste en valorar la especificidad de género”.⁸²

Los grupos que reivindican a la vez cuestiones redistributivas y cuestiones de reconocimiento son llamados por Fraser “comunidades bivalentes”, que se diferencian del resto en virtud tanto de la estructura socioeconómica como de

Un panorama interesante sobre los derechos indígenas en las entidades federativas de México puede encontrarse en Olvera, Isidro, “Constituciones estatales y derechos indígenas”, en González Galván, Jorge (coord.), *Constitución y derechos indígenas, cit.*, pp. 165 y ss.

⁸² Fraser, Nancy, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era post-socialista”, *New Left Review*; edición en castellano, Madrid, núm. 0, 2000, p. 139.

la estructura de la valoración cultural.⁸³ En casi todos los países de América Latina, los indígenas son una comunidad “bivalente”, pues padecen tanto discriminaciones por falta de reconocimiento, como de tipo socioeconómico. Es lo que explica, tal vez, la separación y los objetivos distintos de sus reclamaciones, que lo mismo tienen como meta la autonomía política y administrativa, que las reivindicaciones sociales para combatir la desnutrición, la falta de desarrollo económico y la marginación social.

III. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN MÉXICO

El texto actual del artículo 2o. constitucional es producto de la reforma a la carta magna publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001 (que tuvo por objeto modificaciones a los artículos 1o., 2o., 4o., 18 y 115). A esa reforma se le ha llamado, quizá no del todo correctamente, la “reforma constitucional en materia indígena”.

La reforma en materia indígena se había venido gestando desde hace varios años y estuvo precedida de un largo proceso de discusión, no sólo en el ámbito parlamentario, sino también en el de los medios de comunicación y en muchos sectores de la sociedad civil organizada. Obviamente, la posibilidad de ampliar los contenidos constitucionales referidos a los derechos y cultura indígenas había sido estudiada y analizada también por las propias comunidades indígenas y sus representantes.

Cabe recordar que el reconocimiento de la temática indígena ya figuraba en la Constitución desde la reforma al artículo 4o. publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1992; dicho precepto, en su primer párrafo, contenía una parte de las disposiciones que actualmente tiene el artículo 2o.

En el primer párrafo del nuevo texto del artículo 2o. se recoge una afirmación que quizás no tenga un talante del todo democrático, y que más bien contiene algunos ecos propios de las dictaduras que enarbolaran la causa de la unidad nacional como excusa para prolongar su dominio sobre la sociedad y para cometer los peores vilipendios contra la población. Su texto dice, escuetamente, lo siguiente: “La nación mexicana es única e indivisible”.

En su segundo párrafo se contiene una definición de los “pueblos indígenas”: son aquellos —nos indica el precepto que se comenta— “que descienden de poblaciones que habitaban el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, cultu-

⁸³ *Ibidem*, p. 137. De la misma autora, *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997.

rales y políticas, o parte de ellas”. Ya hemos visto que este tipo de definiciones, pese a sus ambigüedades, no parecen extrañas en el derecho comparado que se refiere al tema indígena.

El párrafo tercero del artículo 2o. intenta aportar un criterio para determinar el “ámbito personal de validez” del resto de disposiciones del mismo precepto. Establece que “La conciencia de su identidad indígena deberá ser el criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas” (texto tomado del artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT). Dicha disposición, como se puede ver, no delimita con precisión el ámbito personal de validez de los derechos indígenas, y el criterio que ofrece para concretarlo es vago y genérico, por decir lo menos: la conciencia de una identidad. Se entiende que debe ser la conciencia *individual* del sujeto, lo cual puede generar algunos problemas en el momento de intentar delimitar si a cierta persona se le debe aplicar el régimen jurídico común (ya sea local o federal) o el derivado de los usos y costumbres indígenas que también tiene reconocimiento constitucional expreso, como veremos enseguida.

El párrafo cuarto contiene la definición de las comunidades que integran un pueblo indígena, que son “aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”.

El párrafo quinto contiene la remisión del desarrollo del reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas a las Constituciones y leyes locales, lo cual supone una vía importante de apertura para que sean las legislaturas locales las que determinen —según sus propias necesidades y problemas— el régimen jurídico de los pueblos y comunidades indígenas. Este párrafo es una de las claves para entender el sistema que la Constitución establece en materia de derechos indígenas. No solamente porque abre vías de desarrollo de esos derechos al mismo tiempo que asigna responsabilidades a las autoridades de las entidades federativas, sino porque pone de manifiesto que la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001 no cerró el debate sobre el tema, sino que apenas lo abrió.

En interpretación del párrafo quinto y del artículo 2o. constitucional en su conjunto, la Corte ha sostenido un par de tesis aisladas que reafirman lo que se acaba de decir; la primera al sostener que los derechos indígenas establecidos en la Constitución federal pueden ser ampliados por los Congresos locales; la segunda al precisar que los derechos indígenas que ya estaban establecidos antes de la reforma de 2001 y que pueden tener una mayor amplitud que los que quedaron plasmados en el texto constitucional a partir de esa reforma, no fueron afectados por la misma, de manera que siguen estando plenamente vigentes.

tes. El texto de las tesis en las que se contiene lo que se acaba de decir es el siguiente:

DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PUEDEN SER AMPLIADOS POR LAS LEGISLACIONES LOCALES DENTRO DEL MARCO DE AQUÉLLA. El artículo 1o. de la Constitución federal establece que las garantías que otorga no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, de lo que deriva que ninguna ley secundaria puede limitar las disposiciones constitucionales correspondientes; sin embargo, sí son susceptibles de ser ampliadas por el legislador ordinario, ya sea federal o local, en su reglamentación, al pormenorizar la norma constitucional que prevea el derecho público subjetivo a fin de procurarse su mejor aplicación y observancia. En consecuencia, los congresos locales, al legislar sobre la materia indígena y regular las instituciones relativas, en términos de lo dispuesto en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben hacerlo bajo el criterio de que los que se otorgan en ella a la población indígena son derechos mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de sus pueblos indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentran sujetos. Amparo en revisión 123/2002. Comunidad indígena de Zirahuén, municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos en relación con las consideraciones. Disidentes: Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot. Nota: Conforme al artículo 192, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, esta tesis no es apta para integrar jurisprudencia. Tesis aislada, novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, noviembre de 2002, tesis 2a. CXL/2002, p. 446.

DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LAS LEGISLACIONES LOCALES EN FAVOR DE ELLOS NO FUERON LIMITADOS POR LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL EN LA MATERIA, VIGENTES A PARTIR DEL QUINCE DE AGOSTO DE DOS MIL UNO. Las reformas en materia indígena a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el catorce de agosto de dos mil uno, en vigor a partir del día siguiente conforme a su artículo primero transitorio, dejan a las entidades federativas la regulación jurídica relativa al reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas, por lo que sólo están sujetas a las definiciones y criterios generales que al respecto se establecen, a la estructuración legal de las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas de cada entidad, al postulado básico de unidad e indivisibilidad nacional y a que la autonomía se ejerza dentro del marco constitucional, ello en virtud de que el artículo

40 de la Constitución Federal consigna la unión del pueblo mexicano en una Federación establecida de acuerdo con sus principios fundamentales, de manera tal que cualquier norma contraria a los principios de unidad e indivisibilidad de la nación mexicana serían contrarios al pacto federal, además de que el numeral 133 de la propia ley fundamental prevé el principio de supremacía constitucional mediante el cual las Constituciones y leyes locales deben ser acordes con el ordenamiento supremo. En ese tenor, los derechos establecidos en favor de los pueblos y comunidades indígenas, así como de los indígenas en lo individual, deben ser considerados como mínimos a garantizarse por los estados en la regulación y organización jurídica que al efecto realicen en sus Constituciones y leyes respectivas, razón por la cual los derechos que tales entidades federativas pudieran haber establecido con anterioridad a favor de los indígenas, no pueden considerarse limitados por los derechos consagrados en las normas constitucionales referidas, pues estos últimos sólo son derechos mínimos a satisfacer, a no ser que fueran contrarios a los postulados básicos de unidad e indivisibilidad nacional y de no sujeción al marco constitucional, caso en el cual serían contrarios, desde su origen y no en virtud de las reformas, a la carta magna, o bien, que los derechos que en tales legislaciones se hubieran previsto no sean los que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas de la entidad, lo que no constituye una limitante a tales derechos, sino una exigencia de que se ajusten a la realidad social. Amparo en revisión 123/2002. Comunidad indígena de Zirahuén, municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos en relación con las consideraciones. Disidentes: Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot. Nota: Conforme al artículo 192, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, esta tesis no es apta para integrar jurisprudencia.

Luego del párrafo quinto, el artículo 2o. se divide en dos apartados: A y B. En el primero de ellos se contienen una serie de disposiciones tendentes a garantizar la libre determinación y la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas; se trata de que los Will Kymlicka ha llamado “derechos de autogobierno”, que son aquellos que se les reconocen a uno o más grupos minoritarios dentro de un Estado para diseñar y ejercer de forma autónoma atribuciones de carácter político y/o jurisdiccional.⁸⁴ Los derechos de autogobierno han sido una de las piezas centrales del debate multiculturalista y representan quizá la reivindicación más permanente y energética de muchos grupos minoritarios.⁸⁵

⁸⁴ *Ciudadanía multicultural*, cit., pp. 47-52.

⁸⁵ Al respecto Boaventura de Sousa Santos afirma que “La lucha indígena por la legalidad es doble: es la lucha por un derecho colectivo a crear leyes y derechos. Por una parte, los pueblos indígenas piden, tanto al derecho nacional como al derecho internacional, el reconocimiento de sus derechos colectivos como pueblos, sobre todo el derecho a la autodetermina-

En el apartado B se enlistan una serie de medidas de carácter positivo que deberán llevar a cabo las autoridades federales, las locales y las municipales para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas (no está claro si entre ellos o también en relación con el resto de habitantes de la República; supongo que esto último es lo más razonable) y eliminar cualquier práctica discriminatoria; en dicho apartado se contienen lo que el propio Kymlicka llama “derechos poliétnicos”,⁸⁶ que tienen por objetivo erradicar las discriminaciones y los prejuicios existentes contra las minorías culturales y que se concretan, entre otras cuestiones, en la exigencia de subvención pública para las prácticas culturales de las comunidades o para tener acceso en condiciones de cierta igualdad a los mercados de intercambio de bienes y servicios. En realidad, tampoco es muy claro que se trate de *derechos* en sentido estricto, pues por su redacción más bien parece tratarse de tareas públicas que obligan a los órganos de los tres niveles de gobierno a desarrollar determinadas políticas para mejorar la situación social y económica de los indígenas.

1. *Derechos de autogobierno*

El contenido del apartado A, dicho de forma sucinta, es el siguiente: los pueblos indígenas tienen autonomía para:

- Decidir sus formas internas de convivencia y su organización social;
- Aplicar sus propios sistemas normativos; dicha aplicación está limitada por las garantías individuales, los derechos humanos y, en particular, por la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces y tribunales correspondientes.
- Elección por usos y costumbres de sus propias autoridades para el ejercicio del gobierno interno.
- Preservar y enriquecer sus lenguas y demás elementos de su cultura e identidad.
- Conservar y mejorar su hábitat y preservar la integridad de sus tierras.
- Acceder a la propiedad y tenencia de la tierra en los términos de la misma Constitución y de las leyes aplicables.
- Elegir, en su caso, representantes ante los municipios.

ción; por otra parte, de acuerdo con el derecho indígena autónomo, el contenido sustantivo supremo de dicho derecho es el autogobierno”, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, 2002, pp. 172 y 173.

⁸⁶ *Ciudadanía multicultural*, cit., pp. 52 y 53.

—Acceder a la jurisdicción del estado, para lo cual se deberá tomar en cuenta, en los procesos en los que sean parte, sus costumbres y especificidades culturales; se debe contar con la asistencia de intérprete cuando sea necesario y de defensores que conozcan su lengua y su cultura.

La interpretación jurisprudencial de los derechos de autogobierno no es muy abundante, aunque existen diversas tesis relacionadas con la materia electoral y particularmente con los usos y costumbres indígenas como método para elegir a las autoridades de sus pueblos y comunidades.

Son todos criterios dictados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que por su importancia, vale la pena transcribir íntegramente.

El primero de ellos establece el principio de la interpretación más favorable a las comunidades indígenas en la aplicación de las reglas procesales; su texto es el siguiente:

PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES DEBE HACERSE DE LA FORMA QUE LES SEA MÁS FAVORABLE. Las normas procesales, especialmente aquellas que imponen determinadas cargas, deben interpretarse de la forma que resulte más favorable a las comunidades indígenas. Así se considera si se toma en cuenta que, por una parte, el artículo 4o., primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza a los pueblos indígenas, el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado, y por otra, que el legislador ha establecido diversos procedimientos tutivos o tutelares, en los que primordialmente se atiende a la necesidad de establecer protecciones jurídicas especiales en favor de las comunidades indígenas y de los sujetos que las conforman, por sus particulares condiciones de desigualdad, facilitándoles el acceso a la tutela judicial para que ésta sea efectiva, mediante el establecimiento de plazos más largos, entre otras situaciones más benéficas, supuesto en el que se encuentran las comunidades indígenas. De esta manera, no se debe colocar a los integrantes de los pueblos indígenas en un verdadero y franco estado de indefensión, al exigirles la satisfacción o cumplimiento de cargas procesales que sean irracionales, de acuerdo con su circunstancia de desventaja ampliamente reconocida por el legislador en diversos ordenamientos legales. Además, no debe perderse de vista que los medios procesales encaminados a la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano, igualmente poseen la característica de ser procesos tutivos o tutelares de éstos, con formalidades especiales para su adecuada protección. Sala Superior, tesis S3EL 047/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-037/99. Herminio Quiñónez Osorio y otro. 10 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez. Secretario: Juan Carlos Silva Adaya. Nota: El primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pasó a ser la fracción VIII del apartado A, del

artículo 2o. de la misma Constitución, conforme con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001.

Otras tesis tienen que ver directamente con el alcance de los usos y costumbres en materia electoral, así como con los deberes de las autoridades electorales para respetar dichos usos y costumbres; entre ellas se encuentran las siguientes:

USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS. ATRIBUCIONES DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO ESTATAL ELECTORAL DE OAXACA EN LAS ELECCIONES. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 22, 23 y 125 del Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales de Oaxaca, el Instituto Estatal Electoral, cuando se declaren nulas las elecciones de ayuntamientos, debe sujetar las elecciones extraordinarias que celebre a lo dispuesto en el propio código electoral local, así como a lo que el mismo instituto disponga en la convocatoria que expida, sin restringir los derechos que se reconocen a los ciudadanos y alterar los procedimientos y formalidades que en el propio ordenamiento jurídico se establecen (salvo el ajustar los plazos, conforme con los de la convocatoria). Asimismo, el Instituto Estatal Electoral, a través de su Consejo General, debe conocer, en su oportunidad, de los casos de controversia que surjan respecto de la renovación de los ayuntamientos bajo las normas de derecho consuetudinario y, previamente a cualquier resolución, buscar la conciliación entre las partes, o bien, una consulta con la comunidad, lo cual puede implicar que una vez que se agoten los mecanismos autocompositivos se acuda al expediente heterocompositivo, decidiendo lo que en derecho proceda. Así, el Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Oaxaca debe hacer un uso tenaz, pertinente y constante de las atribuciones que a su cargo se prevén en el artículo 125 del código electoral local y, atendiendo a las finalidades que se prevén en el numeral 58 de ese mismo ordenamiento jurídico, realizar un significativo y razonable número de pláticas de conciliación entre los integrantes de cierta comunidad o población indígena, o bien, municipio que se rija por dicho sistema normativo, y, en todo caso, si persisten los puntos de disenso entre los mismos, realizar una consulta a la comunidad para que ella se pronuncie sobre las diferencias y, en su oportunidad, el propio Consejo General resuelva lo conducente, atendiendo al interés superior de la comunidad de que se trate. De lo anterior, se concluye que, aunado a los alcances de los principios de objetividad, certeza, legalidad y profesionalismo, sobre el instituto pesa una carga o imperativo que no admite excusa alguna para eludir la observancia de una obligación instrumental que debe entenderse como dirigida a dar vigencia a la prescripción constitucional de todo Estado republicano que se centra en la renovación periódica de los órganos de elección popular, a través del sufragio, en términos de lo dispuesto en los artículos 41, párrafo primero, y 115, párrafo primero, fracción I y 116, fracción IV, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se reitera en los artículos 29, párrafo primero y 98, párrafos primero y tercero de la Constitución local, y 30., 17, 20, 22, 23, 24 y 124 del código electoral local (al preverse que: a) El Estado adopta la forma de gobierno republicano, para su

régimen interior; b) Los ayuntamientos son asambleas electas mediante sufragio, y c) Los concejales que los integren duran en su encargo tres años, incluidos los electos por el sistema de usos y costumbres, ya que, aunque desempeñaran el cargo durante el tiempo que sus tradiciones y prácticas democráticas determinen, dicho nombramiento no podrá exceder de tres años). Además, si constitucionalmente se ha establecido que, a través de la ley, se protegerá y promoverá el desarrollo de los usos y costumbres, así como las formas específicas de organización social de los pueblos indígenas (artículo 40., párrafo primero) y, consecuentemente, en el ámbito normativo de la competencia del constituyente del estado de Oaxaca (artículos 16, párrafo segundo; 25, párrafo decimoquinto, y 29, párrafo segundo), se ha aceptado y determinado que el legislador local está obligado a establecer las normas, medidas y procedimientos que promuevan el desarrollo de las formas específicas de organización social de las comunidades indígenas, y proteger las tradiciones y prácticas democráticas de tales comunidades, las cuales hasta ahora se han utilizado para la elección de sus ayuntamientos, razón por la cual debe ser apegado a la Constitución federal y a la Constitución local, el proceder del Instituto Estatal Electoral de Oaxaca, disponiendo y previendo lo suficiente, razonable y necesario para dar vigencia al derecho político del pueblo o comunidad indígena de que se trate, para elegir a los concejales al ayuntamiento municipal respectivo, de acuerdo con sus usos y costumbres; esta situación deriva, además, de que el citado instituto es la autoridad competente en la que se delega la función estatal de organizar y desarrollar los actos de interés público relativos a las elecciones y que agrupa para su desempeño, en forma integral y directa, las facultades relativas a la preparación de la jornada electoral, la realización de cómputos y el otorgamiento de constancias, entre otras, en términos de lo prescripto en los artículos 116, párrafo segundo, fracción IV, inciso b), de la Constitución Federal y 25, párrafos primero, tercero y cuarto, de la Constitución local. Sala Superior, tesis S3EL 143/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-037/99. Herminio Quiñónez Osorio y otro. 10 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez. Secretario: Juan Carlos Silva Adaya. Nota: El contenido del primer párrafo del artículo 40. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedó incorporado en el artículo 20. de la misma Constitución, conforme con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001. Asimismo, el contenido del artículo 98 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, que se invoca en la tesis, quedó incorporado en el artículo 113 del mismo ordenamiento conforme con la reforma publicada en el periódico oficial de la misma entidad el 8 de diciembre de 2000.

USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, CUANDO SE TRATA DE ACTOS MATERIALMENTE ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER ELECTORAL DE UN CONGRESO ESTATAL. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como máxima autoridad jurisdiccional en la materia, salvo lo dispuesto en la fracción

II del artículo 105 constitucional, según se dispone en el artículo 99, párrafo segundo, fracción V, de la Constitución federal, tiene atribuciones para reparar el orden constitucional violado en ciertos casos determinados y restituir a los promoventes en el uso y goce del derecho político-electoral que les sea conculado, con independencia de los actos o resoluciones que deban ordenarse, modificarse, revocarse o dejar sin efectos, como consecuencia de la sentencia y en plenitud de jurisdicción a fin de garantizar, en términos de lo preceptuado en el artículo 4o., párrafo primero, de la propia ley fundamental, a los integrantes de los pueblos indígenas, el efectivo acceso a la jurisdicción del estado. En este sentido, si en cierto asunto, el medio de impugnación fue presentado por sólo uno o algunos ciudadanos de una comunidad contra un acto de autoridad que la afecte en su conjunto, como puede ser un decreto legislativo, debe considerarse que el medio de impugnación está dirigido a permitir el control de la constitucionalidad de actos y resoluciones que violen los derechos político-electORALES del ciudadano, ya que ni en la Constitución federal (artículo 99, párrafo cuarto, fracción I) como tampoco en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se establece que estén excluidos los actos de los órganos legislativos, siempre que esos actos no tengan el alcance de una ley —abstracción, heteronomía, generalidad e impersonalidad— (puesto que en caso contrario se trataría de una norma general o ley respecto de la cual sería procedente la acción de inconstitucionalidad, en términos de lo dispuesto en el artículo 105, fracción II, tercer párrafo, de la carta magna). Es decir, es equivocado admitir que los actos de un Congreso local no puedan ser modificados como efecto de una sentencia que recaiga en el juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano, puesto que, en los preceptos citados de la Ley Suprema y de la ley adjetiva federal, expresamente se alude a actos y resoluciones que violen los derechos político-electORALES de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación sin que se establezca una particular naturaleza del órgano del que provengan. Así, debe entenderse que los eventuales efectos de la sentencia beneficien o les paren perjuicios a los demás integrantes de la comunidad, ya que, además, sería como resultado del carácter de máxima autoridad jurisdiccional en la materia y la plenitud de jurisdicción que le están reconocidas al Tribunal Electoral, así como consecuencia de los efectos de la sentencia a fin de restituir, en su caso, el uso y disfrute del derecho político-electoral violado por los actos de autoridad, en términos de lo que se establece en los artículos 99, párrafo primero, de la Constitución federal y 60., párrafo 3; y 84, párrafo 1, inciso c), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. Sala Superior, tesis S3EL 144/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-037/99. Herminio Quiñónez Osorio y otro. 10 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez. Secretario: Juan Carlos Silva Adaya. Nota: El contenido del primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedó incorporado en el artículo 2o. de la misma Constitución, conforme con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001.

USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS. COMPRENDEN EL LUGAR EN QUE SE LLEVAN A CABO LAS ELECCIONES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA). La posibilidad jurídica y material de que las elecciones se efectúen en cierto lugar, cuando deriva de una costumbre, es una decisión adoptada por la libre determinación de una comunidad indígena, lo cual no debe ser quebrantado por persona o grupo alguno. De esta manera, si en los artículos 4o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 16, párrafos primero y segundo, y 25, párrafo decimoquinto, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, se preceptúa que, en la ley, se establecerán las medidas y procedimientos que permitan proteger y promover, así como hacer valer y respetar esos usos, costumbres, tradiciones y prácticas democráticas, incluidos sus derechos sociales, es que se debe preservar la realización de esas elecciones en el sitio en el que inveteradamente ha tenido su desarrollo la correspondiente asamblea electoral, bajo condiciones que aseguren la realización con regularidad y en un ambiente que genere las circunstancias propicias para dar vigencia a unas elecciones auténticas y libres, en las que se pueda ejercer libremente el derecho de sufragio, tal y como se establece en los artículos 35, fracción II; 41, párrafo segundo, fracción I, segundo párrafo, de la Constitución federal; 24, fracción I; 29, párrafo segundo, y 98, párrafo primero, de la Constitución local, así como 3o., 6o., párrafo 3; 113 y 116 del código electoral local. Sala Superior, tesis S3EL 145/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-037/99. Incidente de ejecución de sentencia. Herminio Quiñónez Osorio y otro. 19 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez. Secretario: Juan Carlos Silva Adaya. Nota: El contenido del primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedó incorporado en el artículo 2o. de la misma Constitución, conforme con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001. Asimismo, el contenido del artículo 98 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, que se invoca en la tesis, quedó incorporado en el artículo 113 del mismo ordenamiento conforme con la reforma publicada en el periódico oficial de la misma entidad el 8 de diciembre de 2000.

USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS RELACIONADOS CON EL PROCEDIMIENTO ELECTORAL CONSUEUDINARIO. CIUDADANOS Y AUTORIDADES ESTÁN OBLIGADOS A RESPETARLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA). En términos de lo dispuesto en los artículos 4o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 16, párrafos primero y segundo, y 25, párrafo decimoquinto, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, si en la ley se reconoce la validez y vigencia de las formas de organización social, política y de gobierno de las comunidades indígenas, entonces resulta que los ciudadanos y las autoridades comunitarias, municipales, estatales, del Distrito Federal y federales, están obligados a respetar las normas consuetudinarias o reglas internas respectivas. Sala Superior, tesis S3EL 146/2002. Juicio para la protección de los derechos

político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/99. Incidente de ejecución de sentencia. Herminio Quiñónez Osorio y otro. 19 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez. Secretario: Juan Carlos Silva Adaya. Nota: El contenido del primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedó incorporado en el artículo 2o. de la misma Constitución, conforme con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001.

Una limitación muy importante a los usos y costumbres en materia electoral es la establecida por el principio de universalidad del sufragio, de acuerdo con la siguiente tesis:

USOS Y COSTUMBRES. ELECCIONES EFECTUADAS BAJO ESTE RÉGIMEN PUEDEN SER AFECTADAS SI VULNERAN EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SUFRAGIO. Si bien las elecciones por usos y costumbres indígenas no contravienen el principio constitucional de igualdad; cuando impliquen actividades que violenten la universalidad del voto, no serán válidas. En efecto, de la interpretación de los artículos 30, 34, 35, fracción I y 36, fracción III, 115, primer párrafo, fracción I; 116, segundo párrafo, fracción I, párrafo segundo y fracción IV, inciso a); así como 122, párrafos cuarto y sexto, apartado c, base primera, fracción I de la Constitución federal, se infiere que el derecho de sufragio constituye la piedra angular del sistema democrático, en tanto que, con su ejercicio, se permite la necesaria conexión entre los ciudadanos y el poder público, legitimando a éste; de ahí que, si se considera que en una elección no se respetó el principio de universalidad del sufragio, ello conduce a establecer que se han infringido los preceptos que lo tutelan y que, además, se ha atentado contra la esencia misma del sistema democrático. Por lo tanto, la característica de universalidad del sufragio implica que, salvo las excepciones expresamente permitidas por los ordenamientos nacional y estatal, toda persona física se encuentra en aptitud de ejercerlo en las elecciones populares que se celebren, para la renovación de los órganos públicos representativos del Estado mexicano, sean éstas federales, estatales o municipales ordinarias, o mediante reglas de derecho consuetudinario, sin que para tales efectos sean relevantes cualesquiera otras circunstancias o condiciones sociales o personales, tales como etnia, raza, sexo, dignidad, mérito, experiencia, formación, rendimiento, etcétera. Por ello, es posible afirmar que la universalidad del sufragio se funda en el principio de un hombre, un voto; con el cual se pretende el máximo ensanchamiento del cuerpo electoral en orden a asegurar la coincidencia del electorado activo con la capacidad de derecho público. Consecuentemente, si en una comunidad indígena no se permitiera votar a los ciudadanos que no residieran en la cabecera municipal, dicha restricción se traduciría en la negación o anulación de su derecho fundamental a sufragar, y ello significaría la transgresión al principio de igualdad, visto desde el punto de vista subjetivo que emana de dicha norma, el derecho a no ser discriminado injustamente; por lo tanto, esta situación violatoria de derechos fundamentales, queda excluida del ámbito de reconocimiento y tutela de los

derechos de los pueblos y comunidades indígenas previstos por la Constitución federal, al resultar incompatible con los derechos fundamentales que han quedado precisados; por lo que, en consecuencia, esa práctica o tradición adoptada por una comunidad indígena no tendría el carácter de democrática. Sala Superior, tesis S3EL 151/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-013/2002. Indalecio Martínez Domínguez y otros. 5 de junio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis de la Peza. Secretario: Marco Antonio Zavala Arredondo.

Finalmente, el Tribunal Electoral reconoce que las elecciones celebradas por medio de los usos y costumbres no vulneran el principio de igualdad; el texto de la tesis correspondiente es el que sigue:

USOS Y COSTUMBRES. LAS ELECCIONES POR ESTE SISTEMA NO IMPLICAN POR SÍ MISMAS VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD. El hecho de que se reconozca jurídicamente la existencia de procedimientos electorales consuetudinarios, no implica prácticas discriminatorias prohibidas por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Una de las concreciones normativas del principio de igualdad, en específico, la contenida en el tercer párrafo del artículo de referencia, según el cual está prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil o cualquiera otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Si este precepto se leyera de manera superficial, podría conducir al equívoco de considerar que lo que se encuentra prohibido es toda discriminación, entendida como mera diferenciación por los motivos ahí enunciados, pues, literalmente, si distinguir por cualquier condición o circunstancia personal o social fuera discriminatorio, serían incompatibles con esta disposición innumerables leyes e, incluso, diversas normas constitucionales, como la tutela privilegiada a los trabajadores o normas establecidas para regular los derechos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas y sus miembros (artículo 2o. constitucional), dado que el punto de referencia para la diferenciación o discriminación en tales supuestos es, precisamente, una determinada situación personal. Sin embargo, una lectura más detallada del artículo 1o., tercer párrafo, en cuestión, lleva a percibirse que, tras describir los motivos que son causa de discriminación, se agrega "...o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas", enunciado que permite concluir que la discriminación no es ocasionada por la diferenciación basada en alguna de las circunstancias allí mencionadas, sino que por discriminación, en el sentido jurídico constitucional que es utilizado, se ha de entender la diferenciación injusta, aquella que no toma en cuenta criterios objetivos, razonables y proporcionales para diferenciar o, utilizando la expresión empleada por el poder revisor de la Constitución,

aquella que atenta contra la dignidad humana y tiene como propósito o consecuencia reducir o dejar sin efecto los derechos y libertades de los individuos. Sala Superior, tesis S3EL 152/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-013/2002. Indalecio Martínez Domínguez y otros. 5 de junio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis de la Peza. Secretario: Marco Antonio Zavala Arredondo.

En concreto, sobre el derecho de acceso a la jurisdicción estatal, conviene tener presentes las dos tesis siguientes, que ya son de la Suprema Corte:

DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN MATERIA DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN ESTATAL. NO SE VIOLAN CON LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 72, 165 BIS, 171, 183, 269, FRACCIÓN IV, 285, 285 BIS, 290, 296 BIS, 314 Y 426, TODOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. El artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el catorce de agosto de dos mil uno, establece que en el acceso a la jurisdicción estatal deberán ser tomadas en cuenta las costumbres y especificidades culturales de las etnias indígenas, con el derecho de ser asistidos en los juicios y procedimientos, por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y su cultura; derechos que son respetados por los preceptos impugnados, pues en ellos se establecen diversas formalidades que deben cumplirse a favor de dichas etnias, consistentes en: que en los procesos penales instruidos en contra de un miembro de algún grupo étnico, se debe tomar en cuenta el grupo étnico al que pertenezca (72, fracción II); se procurará allegarse dictámenes periciales a fin de que el juzgador ahonde en el conocimiento de su personalidad y capte su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional (165 bis); podrán fungir como peritos prácticos, personas que pertenezcan al grupo étnico indígena (171); cuando el inculpado fuere un indígena, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos respectivos (269, fracción IV); los servidores públicos asentarán en el acta respectiva, todas las observaciones que acerca del carácter del probable responsable hubieren recogido, ya sea en el momento de cometer el delito, ya durante la detención, o bien durante la práctica de las diligencias en que hubieren intervenido, incluyendo el grupo étnico indígena al que pertenecen, en su caso (285); en la declaración preparatoria deberá incluirse, en su caso, el grupo indígena al que pertenezca el inculpado, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano (290); y durante la instrucción, el tribunal que conozca del proceso deberá tomar en cuenta, entre otras cosas, la pertenencia del inculpado, en su caso, a un grupo étnico indígena las prácticas o características que como miembro de dicho grupo pueda tener (296 bis). Por tanto, si los mencionados requisitos contenidos en los preceptos legales combatidos, tienden a garantizar que los indígenas no queden en estado de indefensión en los procesos penales instruidos en su contra, esto refleja que son acordes con la garantía de acceso a la justicia mencionada. Clave 1a. , núm. XXXVIII/2003. Amparo

directo en revisión 1767/2002. 12 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo.

DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA. LOS OTORGADOS POR VIRTUD DE LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, VIGENTES A PARTIR DEL QUINCE DE AGOSTO DE DOS MIL UNO, NO SON VULNERADOS POR LOS ARTÍCULOS 293, 298 Y 315, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL (ABROGADO). El artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el catorce de agosto de dos mil uno, establece respecto de la materia mencionada, por una parte, la garantía de que los pueblos y comunidades indígenas tendrán sus propios sistemas normativos en la regulación de sus conflictos internos y, por otra parte, que en el acceso a la jurisdicción estatal deberán ser tomadas en cuenta sus costumbres y especificidades culturales. Por su parte, los impugnados artículos 293, 298 y 315 del Código Penal para el Distrito Federal (abrogado), definen el tipo penal del delito de lesiones que pongan en peligro la vida, y prevén la pena de prisión que habrá de imponerse a quien cometa tal ilícito, así como sus agravantes. Ahora bien, del estudio comparativo de ambos cuerpos normativos, se advierte que los preceptos impugnados no transgreden los principios que contiene el artículo 2o. constitucional, pues no regulan una conducta que dé lugar a conflictos que deban ser resueltos internamente por los pueblos o comunidades indígenas, conforme sus propios sistemas normativos, ya que prevén el delito de lesiones que ponen en peligro la vida; figura delictiva que es reprochable a todas las personas con capacidad legal, incluidos los indígenas, pues sería constitucionalmente inaceptable el hecho de permitir que se infieran lesiones a las personas, aun cuando dicha práctica forme parte de sus usos y costumbres, además de que el tipo penal mencionado tutela el bien jurídico consistente en la integridad física de las personas, lo que debe ser reprochable a todo aquel que cometa dicho ilícito, a fin de inhibirlo. Clave 1a., núm. XXXIX/2003. Amparo directo en revisión 1767/2002. 12 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo.

Sobre el derecho de los pueblos y comunidades indígenas al territorio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el siguiente criterio:

DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL RECONOCE EL PRINCIPIO TERRITORIAL DE SUS PUEBLOS Y EL DERECHO PREFERENTE DE LAS COMUNIDADES AL USO Y DISFRUTE DE LOS RECURSOS NATURALES DE LOS LUGARES QUE OCUPAN. El artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el catorce de agosto de dos mil uno, establece como uno de los aspectos de la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, la conservación y mejoramiento de su hábitat, la preservación de la integridad de sus tierras y el derecho de acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que ocupan, salvo

aquellos que correspondan a las áreas estratégicas. De lo anterior se advierte que dicho precepto consagra el principio territorial de los pueblos indígenas, al reconocer su unidad con los territorios que ocupan y su hábitat y, por tanto, el derecho a su explotación en la forma y modalidad de propiedad y tenencia de la tierra que libremente decidan dentro de lo establecido en la Constitución federal y las leyes de la materia, en debido respeto a su derecho de decidir su forma interna de organización económica, para lo cual se establece la posibilidad de coordinación y asociación de las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, lo que, desde luego, debe hacerse en el marco constitucional que exige el respeto a derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad. Clave 2a., núm. CXXXVIII/2002. Amparo en revisión 123/2002. Comunidad indígena de Zirahuén, municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos en relación con las consideraciones. Disidentes: Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer MacGregor Poisot. Nota: Conforme al artículo 192, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, esta tesis no es apta para integrar jurisprudencia.

Ya en uno de los apartados precedentes analizamos el tema de la determinación del sujeto de los derechos indígenas; se trata de un aspecto clave para la correcta comprensión teórica de este tipo de derechos, pero es además un asunto central en el momento de hacerlos valer ante los tribunales, pues de la correcta determinación del sujeto al que un derecho se adscribe, derivará la legitimación correspondiente para acudir ante los tribunales en su defensa. Sobre este punto, que cobra especial relevancia para la tutela de los derechos de autogobierno, la Suprema Corte ha establecido un criterio algo confuso en la siguiente tesis:

REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. CARECE DE INTERÉS JURÍDICO UNA COMUNIDAD INDÍGENA PARA RECLAMAR EN JUICIO DE AMPARO EL PROCESO RELATIVO. El interés jurídico para promover el juicio de amparo en contra de un proceso de reformas a la Constitución federal, debe derivar directamente de los efectos que produzca en la esfera jurídica del quejoso la vigencia de los nuevos preceptos, al ser éstos los que pueden producirle un menoscabo. En ese sentido, cabe concluir que el juicio de garantías promovido por una comunidad indígena en contra del referido proceso en materia de derechos de los indígenas es improcedente, al no surtirse el presupuesto de afectación a su interés, pues en los artículos constitucionales reformados se prevé una serie de derechos en su favor, como garantías mínimas que deben cumplirse, así como de acciones y obligaciones que deben ser realizadas por la Federación, los estados y los municipios, en sus respectivos ámbitos de competencia, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas, eliminar prácticas discriminatorias, asegurar la vigencia de sus derechos, promover su desarrollo integral y abatir las carencias y rezagos que padecen,

lo que lejos de perjudicarlos los beneficia, por lo que el perjuicio relativo no puede derivar de la manera en que el órgano reformador de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos decidió proteger a la población indígena, toda vez que el Constituyente estableció la posibilidad de adicionar o reformar la propia ley fundamental a través de las instituciones representativas de la voluntad de la nación mexicana, sin dar intervención directa al pueblo, esto es, no se prevé medio de defensa alguno para impugnar el contenido de una modificación constitucional, ya que ello atentaría contra el sistema establecido. Asimismo, la falta de interés jurídico queda evidenciada con el hecho de que ante una hipotética sentencia que otorgara la protección constitucional contra el proceso de reforma constitucional en materia indígena, se ocasionarían perjuicios a la comunidad indígena quejosa en vez de beneficios, ya que no le serían aplicables las normas constitucionales que establecen derechos en su favor, pues en atención al principio de relatividad que rige las sentencias de amparo, en términos de lo dispuesto en los artículos 107, fracción II, de la Constitución federal y 76 de la Ley de Amparo, sus efectos no podrían ser los de obligar al órgano reformador de la Constitución a reponer el proceso de reformas a la propia carta magna, porque con ello se darían efectos generales a la ejecutoria, en contravención al principio aludido. Clave 2a., núm. CXLI/2002. Amparo en revisión 123/2002. Comunidad indígena de Zirahuén, municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos en relación con las consideraciones. Disidentes: Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Dejando en este momento a un lado el tipo de acto que se estaba impugnando, lo que llama la atención de esta tesis es que no le reconoce la legitimación a la comunidad indígena para promover un juicio de amparo ya que no se ven afectados sus intereses. La tesis, sin embargo, confunde entre la legitimación para promover el amparo y el fondo del asunto. Si en efecto los intereses de la comunidad fueron o no afectados por el acto que se estaba reclamando, era un tema que debía resolverse al entrar al fondo del asunto; pero ese paso no se pudo dar al negarle a la comunidad indígena el reconocimiento de la legitimación activa necesaria para promover el amparo. No parece un criterio adecuado, ni desde el punto de vista de la técnica del juicio de amparo ni, mucho menos, desde la óptica de la mejor protección de los derechos de las comunidades indígenas.

2. *Derechos poliétnicos*

El apartado B del artículo 2o. constitucional contiene las siguientes previsiones, que se enlistan de forma resumida: las autoridades de los tres niveles de gobierno están obligadas a:

- Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas y mejorar su economía local.
- Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo, entre otras cuestiones, la educación bilingüe e intercultural.
- Asegurar el efectivo acceso a los servicios de salud, aprovechando debidamente la medicina tradicional.
- Facilitar el acceso de los indígenas al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda.

Cabe apuntar que esta disposición es más amplia que la previsión contenida en el artículo 4o. constitucional que hace referencia al derecho a la vivienda digna y decorosa de “toda familia”. Además, en el artículo 4o. no se hace referencia al “financiamiento”, sino simplemente al “goce” de la vivienda.

- Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo.
- Extender la red de comunicaciones para integrar a las comunidades, incluida la posibilidad de contar con medios de comunicación cuya propiedad, administración y utilización esté a cargo de los indígenas.
- Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas.
- Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes indígenas.
- Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales (ver artículo 6.1 inciso A del Convenio 169 de la OIT).

El objetivo de todas esas medidas, según señala el encabezado del mismo apartado B, es promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria.

El apartado B del artículo 2o. contiene una serie de obligaciones de innegable pertinencia. Son acciones que el gobierno, en todos sus niveles, debe de tomar a la brevedad para compensar un rezago social secular. La duda que surge, sin embargo, es si todas esos nobles y justificados propósitos deben o no de formar parte del texto constitucional.

Hay algunas fracciones del apartado B que parecen extraídas de un Plan Nacional de Desarrollo, de un plan de políticas públicas o incluso de un informe de gobierno. ¿No estamos banalizando con ello la normatividad constitucional?, ¿no estamos estirando demasiado la capacidad retórica —ampliamente probada por décadas de reformas constitucionales demagógicas— de la Constitución?, ¿algunos de esos contenidos no son más propios de la legislación secundaria?, ¿no estamos inflando desmedidamente el contenido del artículo 2o. y, en general, de toda la Constitución con ese tipo de preceptos?

Quizá anticipando el alto impacto retórico que tienen dichas disposiciones, al final del apartado B se dispuso que las autoridades legislativas de los tres niveles de gobierno, “establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas”.

Desde luego, pese a su ambigüedad, todas las fracciones del apartado B son, de alguna manera, justiciables y exigibles; tienen un contenido normativo mínimo que no puede ser vulnerado y que, en su caso, podrá ser exigido ante la jurisdicción constitucional. Es tarea de los intérpretes poner de manifiesto (o intentarlo al menos) que no son una lista de recomendaciones o buenos deseos que las autoridades puedan ir cumpliendo como mejor les parezca: son, por el contrario, mandatos constitucionales, es decir, normas jurídicas vinculantes para autoridades y particulares.

El último párrafo del artículo 2o. extiende las previsiones contempladas para los pueblos y comunidades indígenas a “toda comunidad equiparable a aquéllos”. De nuevo, parece difícil de precisar el ámbito personal de validez de esta disposición.

En suma, la regulación constitucional de los derechos y cultura indígenas encuentra una base razonable en el artículo 2o. Se trata de una regulación inicial que deberá ser desarrollada por la legislación ordinaria federal y por las Constituciones y leyes de las entidades federativas (obligación explícitamente prevista en el artículo segundo transitorio del decreto de reforma constitucional publicado el 14 de agosto de 2001). También requerirán ser desarrollados los criterios teóricos y prácticos (por ejemplo por parte de los jueces) para ir analizando y delimitando los alcances de cada disposición concreta sobre la materia.

Una legislación que desarrolla los contenidos del artículo 2o. constitucional (y concretamente de la fracción IV del apartado A y la fracción II del apartado B) a los que acabamos de aludir, puede encontrarse en la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas publicada en el *Diario Oficial de la*

Federación el 13 de marzo de 2003. Vamos a examinar someramente su contenido.

El artículo 2o. de la Ley define su objeto de regulación al señalar que

Las lenguas indígenas son aquellas que proceden de los pueblos existentes en el territorio nacional antes del establecimiento del Estado mexicano, además de aquellas provenientes de otros pueblos indoamericanos, igualmente preexistentes que se han arraigado en el territorio nacional con posterioridad y que se reconocen por poseer un conjunto ordenado y sistemático de formas orales funcionales y simbólicas de comunicación.

El artículo 4o. establece la igual validez de las lenguas indígenas y del español dentro de todo el territorio nacional; dicha validez se concretiza y toma forma precisa en el artículo 7o., que dispone lo siguiente:

Las lenguas indígenas serán válidas, al igual que el español, para cualquier asunto o trámite de carácter público, así como para acceder plenamente a la gestión, servicios e información pública. Al Estado corresponde garantizar el ejercicio de los derechos previstos en este artículo, conforme a lo siguiente:

a) En el Distrito Federal y las demás entidades federativas con municipios o comunidades que hablen lenguas indígenas, los gobiernos correspondientes, en consulta con las comunidades indígenas originarias y migrantes, determinarán cuáles de sus dependencias administrativas adoptarán e instrumentarán las medidas para que las instancias requeridas puedan atender y resolver los asuntos que se les planteen en lenguas indígenas.

b) En los municipios con comunidades que hablen lenguas indígenas, se adoptarán e instrumentarán las medidas a que se refiere el párrafo anterior, en todas sus instancias.

La Federación y las entidades federativas tendrán disponibles y difundirán a través de textos, medios audiovisuales e informáticos: leyes, reglamentos, así como los contenidos de los programas, obras, servicios dirigidos a las comunidades indígenas, en la lengua de sus correspondientes beneficiarios.

Como consecuencia de su validez, toda persona puede expresarse en público y en privado en la lengua de la que sea hablante sin ninguna restricción, tanto en forma oral como escrita y en todas sus actividades sociales, económicas, políticas, culturales, religiosas, etcétera, según lo establece el artículo 9o. de la Ley.

La preservación de los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas supone el respeto hacia el uso de las lenguas de esos pueblos, lo que requiere tanto de autoridades como de particulares del desarrollo de actitudes de abstención y

de no discriminación frente a quienes decidan comunicarse por medio de ellas. Pero también requiere de políticas públicas activas, que no solamente respeten el uso de las lenguas sino que generen una serie de mecanismos institucionales y de estímulos en el ámbito educativo que eviten que algunas de ellas sean progresivamente abandonadas u olvidadas, es decir, la preservación de la diversidad lingüística de México requiere de actividades de fomento por parte de los poderes públicos. En esa línea se ubica el artículo 13 de la ley que se está comentando, cuyo contenido es el siguiente:

Corresponde al Estado en sus distintos órdenes de gobierno la creación de instituciones y la realización de actividades en sus respectivos ámbitos de competencia, para lograr los objetivos generales de la presente Ley, y en particular las siguientes:

I. Incluir dentro de los planes y programas, nacionales, estatales y municipales en materia de educación y cultura indígena las políticas y acciones tendentes a la protección, preservación, promoción y desarrollo de las diversas lenguas indígenas nacionales, contando con la participación de los pueblos y comunidades indígenas;

II. Difundir en las lenguas indígenas nacionales de los beneficiarios, el contenido de los programas, obras y servicios dirigidos a las comunidades indígenas;

III. Difundir a través de los medios de comunicación las lenguas indígenas nacionales de la región para promover su uso y desarrollo;

IV. Incluir en los programas de estudio de la educación básica y normal, el origen y evolución de las lenguas indígenas nacionales, así como de sus aportaciones a la cultura nacional;

V. Supervisar que en la educación pública y privada se fomente o implemente la interculturalidad, el multilingüismo y el respeto a la diversidad lingüística para contribuir a la preservación, estudio y desarrollo de las lenguas indígenas nacionales y su literatura;

VI. Garantizar que los profesores que atiendan la educación básica bilingüe en comunidades indígenas hablen y escriban la lengua del lugar y conozcan la cultura del pueblo indígena de que se trate;

VII. Impulsar políticas de investigación, difusión, estudios y documentación sobre las lenguas indígenas nacionales y sus expresiones literarias;

VIII. Crear bibliotecas, hemerotecas, centros culturales u otras instituciones depositarias que conserven los materiales lingüísticos en lenguas indígenas nacionales;

IX. Procurar que en las bibliotecas públicas se reserve un lugar para la conservación de la información y documentación más representativa de la literatura y lenguas indígenas nacionales;

X. Apoyar a las instituciones públicas y privadas, así como a las organizaciones de la sociedad civil, legalmente constituidas, que realicen investigaciones etnolinguísticas, en todo lo relacionado al cumplimiento de los objetivos de esta Ley;

XI. Apoyar la formación y acreditación profesional de intérpretes y traductores en lenguas indígenas nacionales y español;

XII. Garantizar que las instituciones, dependencias y oficinas públicas cuenten con personal que tenga conocimientos de las lenguas indígenas nacionales requeridas en sus respectivos territorios;

XIII. Establecer políticas, acciones y vías para proteger y preservar el uso de las lenguas y culturas nacionales de los migrantes indígenas en el territorio nacional y en el extranjero, y

XIV. Propiciar y fomentar que los hablantes de las lenguas indígenas nacionales participen en las políticas que promuevan los estudios que se realicen en los diversos órdenes de gobierno, espacios académicos y de investigación.

Para la aplicación en el ámbito administrativo de la ley, se crea el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, como organismo descentralizado de la administración pública federal (artículos 14 y siguientes de la Ley).

IV. LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La regulación de los derechos de las minorías en el derecho internacional es muy compleja de realizar, en parte por la diversidad de los problemas que afectan a dichas minorías y en parte también porque con frecuencia se trata de cuestiones sobre las que los Estados se resisten a dejarse regular por instancias internacionales, sobre todo teniendo en cuenta el contexto social potencialmente explosivo que puede afectar a ciertas regiones (País Vasco, Irlanda del Norte, los pueblos indígenas en América Latina, las etnias independentistas en Europa del Este, los grupos tribales en países africanos y así por el estilo).

Desde luego, las dificultades mencionadas no son un obstáculo insuperable, pero sí exigen un marco teórico muy bien construido, que permita generar una regulación apropiada de los derechos en cuestión por medio de instrumentos de carácter internacional. Como lo señala Kymlicka,

si tenemos que embarcarnos en este proyecto de internacionalización de los derechos de las minorías, necesitaremos algunas herramientas teóricas que nos permitan aislar los principios subyacentes de los miles de variaciones locales que presenta la forma en que se institucionalizan esos principios... necesitamos una teoría que nos ayude a identificar las amenazas estándar que han de encarar las minorías en todo el mundo, las amenazas de las que deben ser protegidas, dejando al mismo tiempo un

margen de flexibilidad para que los países identifiquen qué tipos de remedios harán de funcionar mejor en sus propios contextos.⁸⁷

El objetivo de este apartado no es hacer un recorrido completo por todos los instrumentos internacionales que existen en la materia y por los muy importantes que se están discutiendo por ejemplo en el seno de la ONU.⁸⁸ Nos detendremos simplemente en dos documentos que, desde mi punto de vista, son los más relevantes hasta el momento. Me refiero al Convenio 169 de la OIT, al que ya se han hecho repetidas alusiones en este capítulo y a la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1990.⁸⁹

Antes de entrar al análisis de los dos documentos normativos señalados, conviene simplemente apuntar que tanto la cuestión de las minorías culturales, como la de los derechos de las poblaciones indígenas fueron objeto de pronunciamientos específicos en la Declaración y Plan de Acción de Viena de 1993; con respecto a los derechos de las minorías se afirmó en ese documento que⁹⁰

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma la obligación de los Estados de velar por que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna y en condiciones de total igualdad ante la ley, de conformidad con la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

Las personas pertenecientes a minorías tienen derecho a su propia cultura, a professar y practicar su religión y a emplear su propio idioma en público y en privado, con toda libertad y sin injerencia ni discriminación alguna.

Con respecto a los derechos de las poblaciones indígenas, en el mismo documento se sostuvo que

⁸⁷ *La política vernácula*, cit., p. 18.

⁸⁸ Al respecto, Kymlicka, Will, *La política vernácula*, cit., p. 17, donde se hace referencia al borrador de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, que se está trabajando desde hace años en las Naciones Unidas o a la Declaración Universal de los Derechos de las Minorías que vendría a servir de complemento a la Declaración Universal de 1948.

⁸⁹ Ambos documentos pueden ser consultados en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 355-371 y 91-95, respectivamente.

⁹⁰ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, p. 1318.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social.

La Declaración de la ONU de 1990 dispone que “Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad” (artículo 1o.); esto significa que la tutela de las minorías requiere no solamente de abstenciones por parte de los Estados, sino también de actuaciones positivas de fomento de las identidades minoritarias.

La Declaración reconoce el derecho de las minorías a disfrutar de su propia cultura, a profesar su religión y a utilizar su idioma tanto en público como en privado (artículo 2.1), así como el derecho de asociación (artículo 2.4), el derecho a participar efectivamente en la toma de las decisiones que les afecten tanto a nivel nacional como regional (artículo 2.3) y a disfrutar sus derechos sin ser discriminadas (artículos 3o. y 4.1).

En cuanto a las actuaciones positivas del Estado, la Declaración se refiere a la enseñanza de la historia de las minorías y al aprendizaje de su propia lengua (artículo 4o. numerales 3 y 4).

Finalmente, la Declaración pone a salvo las medidas de discriminación inversa que los Estados puedan tomar en favor de las minorías al señalar que tales medidas no deben considerarse *prima facie* como violatorias del principio de igualdad (artículo 8.3); también intenta armonizar los derechos de las minorías con el resto de los derechos al establecer que “El ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración se entenderá sin perjuicio del disfrute por todas las personas de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos universalmente” (artículo 8.2).

Por lo que hace al Convenio 169 de la OIT, podemos decir que en términos generales trata de los mismos asuntos que la Declaración, pero añade precisiones interesantes sobre ciertos derechos a la vez que intenta aterrizar los postulados más generales de aquélla. El Convenio es, hasta el momento, el texto más ambicioso que existe en la ruta de internacionalizar los derechos de las minorías etnoculturales. Ya en los apartados precedentes hemos hecho referencia a la definición que el Convenio aporta de los pueblos indígenas (artículo 1.1.B) y del criterio fundamental que debe servir de base para saber si una persona pertenece o no a esos pueblos (artículo 1.2.). Vamos a revisar ahora el resto de los contenidos del Convenio que pueden tener mayor interés para el desarrollo de nuestra exposición.

Como se verá en seguida, varios artículos del Convenio utilizan la expresión “pueblos interesados”; aunque no hay una definición de esa expresión, podemos suponer que el Convenio parte de la idea de que puede haber pueblos indígenas que sencillamente no tengan ningún interés en mantener relaciones con el Estado nacional, por lo cual deberán ser dejados completamente en paz; en la medida en que los pueblos en efecto se “interesen” por mantener relaciones con el Estado central se les podrán aplicar las disposiciones del Convenio. Aunque no está mal como perspectiva filosófica (cualquier persona que quiera ser dejada en paz debería permanecer hasta cierto punto ajena a lo que suceda con el resto de su comunidad, siempre que cumpla con sus obligaciones; por ejemplo, pagar impuestos), en la práctica la verificación de cuándo un pueblo “está interesado” y la forma concreta en que dicho “interés” se puede verificar quizás sea algo problemático. Ya hemos señalado las “tensiones” que están presentes en muchos aspectos del reconocimiento de derechos colectivos; éste es un caso más.

El Convenio considera que los Estados parte deben fomentar la participación pública de los pueblos indígenas en los asuntos que tienen que ver con sus derechos, para lo cual se deben desarrollar las siguientes medidas: *a)* asegurar a los miembros de dichos pueblos el goce, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; *b)* promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones, y *c)* ayudar a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida (artículo 2.2).

Los Estados pueden tomar “medidas especiales” para salvaguardar las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medioambiente de los pueblos

interesados, sin que dichas medidas puedan ser contrarias a los deseos expresados libremente por esos pueblos (artículo 4o. numerales 1 y 2). Aunque el Convenio no lo señala explícitamente, creo que por “medidas especiales” debemos entender acciones positivas o medidas de discriminación inversa.

Al aplicar el Convenio los gobiernos deberán, según el artículo 6.1 del propio Convenio:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Este artículo es interesante porque fue utilizado como un argumento en contra de la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001 por varios municipios que promovieron una controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El argumento utilizado era que la reforma mencionada les afectaba y que sin embargo no habían sido consultados sobre su contenido, razón por la cual se violaba en su perjuicio el artículo 6o. del Convenio. Dejando ahora de lado cuestiones de técnica jurídica (por ejemplo si un proceso de reforma constitucional debe atender a lo dispuesto por el artículo 135 de la carta magna o si también debe observar lo que disponen otros ordenamientos, o incluso antes que eso, si el procedimiento de reforma constitucional es impugnable por medio de las acciones de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales), la reflexión que debería haber suscitado el argumento referido es la forma en que se debe dar cumplimiento al deber de consulta previsto por el artículo 6o. y el alcance de la frase “medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente”; habría pues que contestar a dos preguntas: ¿cómo, de qué manera, se debe desahogar la consulta referida? y ¿qué medidas deben ser previamente consultadas?, ¿todas, algunas, las reformas constitucionales también, solamente las que se instrumenten en una ley ordinaria?, ¿por medidas administrativas debemos entender los reglamentos y las circulares o también los actos administrativos concretos? En virtud de que la Suprema Corte desechó las impugnaciones sin entrar al fondo del asunto, en

una actitud que no fue, desde mi punto de vista, la más correcta,⁹¹ no podremos tener una respuesta cierta para esas preguntas.

El artículo 8o. del Convenio se refiere a una cuestión sobre la que ya nos detuvimos en algunos de los apartados precedentes: la de la relación existente entre los usos y costumbres de los pueblos indígenas (entendidos y reconocidos como fuentes del derecho) y el resto del ordenamiento jurídico. En sus dos primeros párrafos dicho artículo señala lo siguiente:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

El sistema consuetudinario indígena deberá ser tomado en cuenta especialmente en la materia penal, en cuyo caso “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (artículo 9.1).

El artículo 11 del Convenio señala que “La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos”. Este precepto es interesante porque puede entrar en contradicción con ciertas prácticas que se desarrollan en algunas comunidades indígenas de Oaxaca y de Chiapas. Particularmente, quizá no sería compatible con el artículo 11 la práctica del “tequio”, reconocida incluso en la Constitución de Oaxaca. En el artículo 12, párrafos tres y cuatro, de esa Constitución se establece lo siguiente:

En el Estado nadie podrá desempeñar trabajos personales, sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123 de la Constitución general de la República.

Las autoridades de los municipios y comunidades preservarán el tequio como expresión de solidaridad según los usos de cada pueblo y comunidad indígenas.

⁹¹ Sobre el tema, ver Carbonell, Miguel, “Epílogo. La reforma indígena y la Suprema Corte”, en la obra colectiva, *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 145-149.

Los tequios encaminados a la realización de obras de beneficio común, derivados de los acuerdos de las asambleas, de las autoridades municipales y de las comunidades de cada pueblo y comunidad indígena, podrá ser considerados por la ley como pago de contribuciones municipales; la ley determinará las autoridades y procedimientos tendentes a resolver las controversias que se susciten con motivo de la presentación del tequio.

El Convenio dedica uno de sus artículos a un tema que desde antiguo ha generado muchos problemas para las comunidades indígenas: la propiedad de las tierras.⁹² El Convenio señala que se debe reconocer a los pueblos indígenas la propiedad y la posesión de las tierras que tradicionalmente han ocupado, así como disponer procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados (artículo 14 numerales 1 y 3). Con ambas obligaciones se cumple en México, pues el artículo 27 constitucional reconoce el régimen de propiedad rural colectiva y crea una jurisdicción especializada para resolver problemas de tenencia de la tierra (los tribunales agrarios); los mandatos del artículo 27 son desarrollados por la legislación ordinaria (Ley Agraria, Ley de los Tribunales Agrarios y Ley de Amparo, para el efecto de la protección constitucional de la propiedad ejidal y comunal).

En relación con la propiedad comunal de la tierra, el Convenio también regula lo relativo a los recursos naturales, pues de nada serviría reconocer derechos de propiedad si tales derechos no vienen acompañados de la posibilidad de explotar los recursos naturales existentes. El Convenio señala que los recursos naturales que existan en tierras de propiedad indígena deberán “protegerse especialmente”, incluyendo el caso en que el Estado sea propietario de los minerales u otros recursos del subsuelo (como sucede en México). En este último supuesto las autoridades deberán establecer procedimientos de consulta con los pueblos indígenas antes de proceder a la explotación de esos recursos; siempre que sea posible, los pueblos indígenas deberán de participar en los beneficios que se generen a partir de esas explotaciones y percibir una indemnización por cualquier daño que puedan sufrir (artículo 15).

El Convenio señala la obligación de los Estados parte de proporcionar servicios de salud a los pueblos y comunidades indígenas. Tales servicios “deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales” (artículo 25.2). De nuevo, se trata de una disposición que pone de mani-

⁹² El estudio del derecho de propiedad lo hemos realizado en el capítulo cuarto *supra*.

fiesto las posibles tensiones entre las prácticas indígenas y las prácticas del resto de la población, puesto que en un caso concreto pueden enfrentarse la solución general para una cierta enfermedad y la solución que podría tener bajo la medicina tradicional indígena. ¿Qué hacer en ese supuesto?

Uno de los aspectos esenciales para preservar una cultura es mantener viva la lengua por medio de la cual se expresan sus integrantes. Los derechos lingüísticos son un componente esencial de cualquier teoría multiculturalista del Estado moderno. El Convenio se refiere a esos derechos en su artículo 28 al señalar lo siguiente:

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo al que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.
2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.
3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y las prácticas de las mismas.

En el sistema de derechos humanos de la ONU, la primera disposición interesante para el tema que nos ocupa se encuentra en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a cuyo contenido ya hemos hecho referencia. Para el efecto de interpretar el sentido y alcance de ese artículo, el Comité de Derechos Humanos emitió en 1994 su Observación General número 23, que también debe tenerse en cuenta para conocer el conjunto del marco jurídico internacional de los derechos de las minorías etnoculturales. No se trata de una observación general muy larga; es más bien breve y su texto se dedica a precisar los alcances y resolver algunas posibles dudas respecto al artículo 27 del Pacto, sobre todo para que los Estados parte mejoren la presentación de su informes al propio Comité.

El Comité señala que los Estados en sus informes confunden con frecuencia los derechos de las minorías establecidos de forma muy general en el artículo 27 con el derecho a la autodeterminación proclamado por el artículo 1o. del propio Pacto (párrafo 2). En realidad, se encarga de aclarar el Comité, el artículo 27 establece un derecho en favor de las personas (mientras que el derecho de autodeterminación es un derecho de los pueblos) pertenecientes a grupos de minorías y que constituye un derecho separado, “que se suma a los de-

más derechos de que pueden disfrutar esas personas, al igual que todas las demás, en virtud del Pacto” (párrafo 1).

La mayor parte de la OG núm. 23 se dedica a precisar cuestiones sobre la titularidad de los derechos previstos en el artículo 27 del Pacto. Por ejemplo, el Comité señala que “las personas sujetas a protección son las pertenecientes a un grupo de minoría y que comparten en común una cultura, una religión y un idioma”. Para que esa protección surta efectos no es indispensable que las personas pertenecientes a minorías sean ciudadanos del Estado en el que vivan o en el que se encuentren (párrafo 5.1). Tampoco es necesario que sean residentes permanentes, por lo cual “no debe negarse el ejercicio de esos derechos a los trabajadores migratorios o a las personas que se encuentren de visita en un Estado parte y que constituyan alguna de esas minorías” (párrafo 5.2). Ahora bien, en virtud de que el propio artículo 27 no precisa muchos de los derechos de las minorías, los criterios de la OG núm. 23 sobre titularidad pueden ser tomados en cuenta para aplicar de forma extensiva los derechos establecidos en el Convenio 169 o en la Declaración de la ONU de 1990.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RIVERA, José Antonio, “La casa de muchas puertas: diversidad y tolerancia”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2001.
- _____, *El fin de la raza cósmica. Consideraciones sobre el esplendor y decadencia del liberalismo en México*, México, Océano, 2001.
- ANTÓN, Antonio (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Madrid, Talasa, 2000.
- APARICIO, Marco, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Barcelona, CEDECS, 2002.
- CARBONELL, Miguel, “Minorías y derechos: un punto de vista constitucional”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2001.
- _____, “Minorías etnoculturales y derechos colectivos: premisas conceptuales”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, IIJ-UNAM, 2001.
- _____, “Artículo 20o.”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2003, t. I.

- _____, *Problemas constitucionales del multiculturalismo*, Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Política y Administración, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro, 2002.
- _____, y PÉREZ PORTILLA, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- COMANDUCCI, Paolo, “Autonomia degli individui o autonomia delle culture?”, *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milán, Giuffrè, 1997.
- _____, “Quali minoranze? Quali diritti? Prospettive di analisi e classificazione”, en VITALE, E. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000.
- _____, “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Sobre el concepto de derechos colectivos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 12, 1998.
- FRASER, Nancy, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era post-socialista”, *New Left Review*, edición en castellano, Madrid, núm. 0, 2000.
- Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997.
- GALEOTTI, Anna Elisabetta, *Multiculturalismo. Filosofía política e conflitto identitario*, Nápoles, Ligouri editore, 1999.
- GARCÍA INDA, Andrés, *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Acerca de la legitimidad democrática y el papel de las minorías”, en LABASTIDA MARTÍN DEL CAMPO, Julio y CAMOU, Antonio (coords.), *Globalización, identidad y democracia. México y América Latina*, México, UNAM, Siglo XXI, 2001.
- GÓMEZ DEL PRADO, José Luis, *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- _____, “Las iniciativas de reformas constitucionales en materia indígena en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 97, IIJ-UNAM, 2000.
- _____, “El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT”, *Ánalisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*, México, IIJ-UNAM, 2000.

- GONZÁLEZ GUERRA, Gisela (comp.), *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Usos y costumbres en las elecciones municipales de Oaxaca”, *Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- IGNATIEFF, Michael, “Derechos humanos y autodeterminación colectiva”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 130, marzo de 2003.
- ITURRASPE, Francisco, “Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originarias en la Constitución venezolana de 1999”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- KELLAS, James, *The Politics of Nationalism and Ethnicity*, 2a. ed., Nueva York, St. Martin’s Press, 1998.
- KYMLICKA, Will (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- _____, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996.
- _____, “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”, en ÁGUILA, Rafael del y otros, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- _____, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003.
- _____, y NORMAN, Wayne, “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, núm. 3, Paidós, 1997.
- _____, “Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts”, en KYMLICKA, Will y NORMAN, Wayne (eds.), *Citizenship in Diverse Societies*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- LEVY, Jacob T., *El multiculturalismo del miedo*, Madrid, Tecnos, 2003.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Distintas concepciones de pueblo indígenas, como sujeto de derecho colectivo*, México, INI, 1998.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000.
- MARIÑO, Fernando, “Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros”, en PRIETO, Luis (ed.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos*, Cuenca, UCLM, 1996.

- MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, Tecnos, 2001.
- OLIVÉ, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, México, UNAM, Paidós, 1999.
- OLVERA, Isidro, “Constituciones estatales y derechos indígenas”, en GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- PACKER, John, “On the Content of Minority Rights”, en RÄIKKÄ, Juha (ed.), *Do we Need Minority Rights? Conceptual Issues*, La Haya, Kluwer Law International, 1996.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Minoranze e maggioranze*, Turín, Einaudi, 1993.
- _____, “I diritti degli individui, dei gruppi e delle minoranze”, en VITALE, Ermanno (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000.
- POGGE, Thomas W., “Group Rights and Ethnicity”, en KYMLICKA, Will y SHAPIRO, Ian (eds.), *Ethnicity and Group Rights*, Nueva York, New York University Press, 1997.
- RODRÍGUEZ ABASCAL, Luis, “El debate sobre los derechos de grupo”, en DÍAZ, Elías y COLOMER, Juan Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001.
- SOUSA, Boaventura de, “Universalismo, contextualización cultural y cosmopolitismo”, en SILVEIRA GORSKI, Héctor C. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- SOUSA, Boaventura de, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, 2002.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2000.
- SULLIVAN, Kathleen M., “Representation of Racial Minorities”, en BRINKLEY, Alan y otros, *The New Federalist Papers. Essays in Defense of the Constitution*, Nueva York, Londres, W. W. Norton and Company, 1997.
- TORBISCO, Neus, *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, tesis doctoral, 2000.
- _____, “El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- _____, “La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos”, en LUCAS, Javier de (dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, CGPJ, 2001.

- _____, “Derechos colectivos”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2002.
- _____, “Minorías culturales”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2002.
- _____, “Multiculturalismo”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2002.
- VALLESPÍN, Fernando, “Cosmopolitismo político y sociedad multicultural”, en VALENCIA S., Ángel, *Participación y representación en las sociedades multiculturales*, Málaga, Universidad de Málaga, 1998.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, UNAM-Paidós, 2001.
- _____, “Derechos de las minorías y tolerancia”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2001.
- VITALE, Ermanno, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, prólogo de M. Bovero, Roma-Bari, Laterza, 2000.